

L 10 R 91/17

Land
Baden-Württemberg
Sozialgericht
LSG Baden-Württemberg
Sachgebiet
Rentenversicherung
Abteilung
10
1. Instanz
SG Konstanz (BWB)
Aktenzeichen
S 4 R 882/15
Datum
19.12.2016
2. Instanz
LSG Baden-Württemberg
Aktenzeichen
L 10 R 91/17
Datum
20.07.2017
3. Instanz
Bundessozialgericht
Aktenzeichen
-

Datum
-

Kategorie

Urteil

Leitsätze

Grundsätzlich erfordert [§ 71 Abs. 2 Nr. 1 SGB XI](#) ein fachliches Weisungsrecht der zugelassenen stationären Pflegeeinrichtung - konkret der verantwortlichen Pflegefachkraft - gegenüber allen Personen, die von der Einrichtung in der Pflege eingesetzt werden. Führt die zugelassene Pflegeeinrichtung ihren Betrieb tatsächlich unter Beachtung dieser Vorgabe und schließt sie ein Weisungsrecht beim Einsatz einer "freiberuflichen Pflegefachkraft" im Rahmen der vertraglichen Vereinbarungen nicht aus, besteht auch im Falle des Einsatzes einer "Honorarkraft" ein solches fachliches Weisungsrecht. Dabei ist auch eine in Form der Bitte oder des Wunsches erfolgende Äußerung, mit der auf die Ausführung der Tätigkeit durch die Pflegekraft eingewirkt werden soll, Ausdruck dieses Weisungsrechts. Ein solches Weisungsrecht spricht bei der Statusfeststellung im Rahmen der gebotenen Gesamtabwägung für das Vorliegen von Beschäftigung und gegen eine selbstständige Tätigkeit.

Auf die Berufung der Beklagten wird der Gerichtsbescheid des Sozialgerichts Konstanz vom 19.12.2016 aufgehoben und die Klage abgewiesen.

Die Klägerin trägt die Kosten beider Rechtszüge mit Ausnahme der außergerichtlichen Kosten des Beigeladenen.

Tatbestand:

Streitig ist der sozialversicherungsrechtliche Status des Beigeladenen bei seinen Einsätzen bei der Klägerin vom 06.11. bis 14.11.2012, 21.11. bis 28.11.2012, 04.12. bis 09.12.2012, 14.12. bis 23.12.2012 und 03.01. bis 10.01.2013 (streitiger Zeitraum).

Die als gemeinnützige GmbH organisierte Klägerin ist eine zur Versorgung Pflegebedürftiger nach dem Elften Buch Sozialgesetzbuch (SGB XI) zugelassene Pflegeeinrichtung und stellt ganzjährig 125 Plätze für die vollstationäre Pflege zur Verfügung. Sie schließt mit den jeweiligen Bewohnern einen Wohn- und Betreuungsvertrag (hinsichtlich dessen Einzelheiten wird auf Anlage 2 zum Schriftsatz der Klägerin vom 13.03.2017, Anlagenband, Bezug genommen). Die Einrichtung war im streitigen Zeitraum in zwei Wohnbereiche aufgeteilt, wobei im Wohnbereich 1 mit einer Sollbettenzahl von 46 vornehmlich Bewohner mit demenziellen Erkrankungen versorgt wurden. Wohnbereich 2 mit einer Sollbettenzahl von 68 erstreckte sich über zwei Etagen. Die durchschnittliche Belegung betrug im Jahr 2012 ca. 70 v.H., im Jahr 2013 ca. 75 v.H. Der Personalbedarf lag nach den Berechnungen der Klägerin im Jahr 2012 im Durchschnitt bei 28,39 Vollbeschäftigungseinheiten (VBE), im Jahr 2013 bei 30,62 VBE, wobei das tatsächlich vorhandene Personal diesen Bedarf leicht überschritt. Zur Personaldeckung bediente sich die Klägerin auch des Einsatzes von Leiharbeitnehmern und sog. Honorarkräften, weil im damaligen Zeitraum keine (weiteren) Fachkräfte zur Festanstellung zu finden waren (vgl. Bl. 48 SG-Akte, Bl. 16 LSG-Akte). Von den pro Schicht auf allen Wohnbereichen eingesetzten drei Pflegefachkräften waren im streitigen Zeitraum bis zu 85% Honorarkräfte. Die festangestellten Mitarbeiter trugen einheitliche, von der Klägerin gestellte Dienstkleidung mit einem Logo der Unternehmensgruppe, die von einem externen Wäschedienstleister gestellt und gewaschen wurde. Im streitigen Zeitraum betrugen die von der Klägerin einer angestellten examinierten Fachkraft gezahlten Stundenlöhne zwischen 12,69 EUR und 14,06 EUR im Jahr 2012 und zwischen 13,27 EUR und 15,58 EUR im Jahr 2013. Zuschläge wurden für Nachtdienst (2,00 EUR), Sonntagsarbeit (3,00 EUR) und Feiertage (4,00 EUR) gewährt. Organisatorisch führte die Klägerin einen Dienstplan mit Schichtzeiten, der für die Jahre 2012 und 2013 wegen des damals vermehrten Einsatzes von Honorarkräften auch eine Auswahl an Einsatzzeiten vorsah, die ausschließlich für Honorarkräfte vorgesehen waren und den häufigen Wunsch dieser Kräfte für einen Einsatz von mindestens zehn Stunden berücksichtigte (hinsichtlich der weiteren Einzelheiten des Einsatzes der Honorarkräfte wird auf die Darstellung der Klägerin im Schriftsatz vom 13.03.2017, Bl. 38a f. LSG-Akte, Bezug genommen). Nach der von der Klägerin vorgelegten Dienstplanlegende (Anlagen 7 und 8 zum Schriftsatz vom 13.03.2017, Anlagenband) waren hierzu beispielsweise im Frühdienst eine Dienstzeit von 06.15 Uhr bis 17.15 Uhr mit zehn Stunden bei einem Pausenkorridor von 12.00 Uhr bis 13.00 Uhr, im Spätdienst eine Dienstzeit von 10.45 Uhr bis 21.45 Uhr mit einem Pausenkorridor von 15.30 Uhr bis 16.30 Uhr vorgesehen. Hinsichtlich der Einzelheiten wird

auf die erwähnten Anlagen 7 und 8 Bezug genommen. Für jeden einzelnen Bewohner erstellte die Klägerin durch ihre angestellten Fachkräfte einen individuellen Plan über die Pflege- und Behandlungspflegeleistungen und sie führte eine entsprechende, von der jeweiligen Pflegekraft auszufüllende Dokumentation. Zur Überwachung einer ordnungsgemäßen Pflege und Behandlung war eine verantwortliche Pflegefachkraft eingesetzt, die für die Sicherstellung der Pflegequalität verantwortlich war und die verpflichtet war, sich von der Qualität der Pflege durch Visiten, Qualitätschecks, Rundgänge und Einblick in die Pflegedokumentation zu überzeugen (vgl. die Angaben der Klägerin im Schriftsatz vom 13.03.2017, Bl. 40 LSG-Akte). Hinsichtlich der Einzelheiten dieser Pflegeplanungen wird auf die von der Klägerin beispielhaft vorgelegten Pflegepläne Anlage 16 und Anlage 17 zum Schriftsatz vom 13.03.2017 (Anlagenband) verwiesen.

Der am 13.06.1964 geborene Beigeladene schloss im April 2001 seine Ausbildung zum staatlich anerkannten Altenpfleger ab. Nach entsprechender Weiterbildung erhielt er im November 2006 die Erlaubnis, die Bezeichnung Fachkraft für Leitungsaufgaben in der Pflege zu führen. Er war zunächst nach seiner Ausbildung in verschiedenen Pflegeeinrichtungen tätig. In einer dieser Einrichtungen lernte er freiberuflich tätige Pflegekräfte kennen. Um seine Arbeitszeit frei bestimmen zu können und sich finanziell zu verbessern, entschloss er sich, ab September 2012 freiberuflich tätig zu sein. Hierfür nahm er nach eigenen Angaben einen Kredit über 5.000,00 EUR auf. Er schloss eine freiwillige Krankenversicherung bei der Technikerkrankenkasse, eine Haftpflichtversicherung als selbstständiger Altenpfleger mit einem Jahresbeitrag von 208,25 EUR (Stand August 2012) und nach eigenen Angaben eine Rechtsschutzversicherung (monatlich 35,00 EUR) ab. Darüber hinaus versicherte er sich bei der Berufsgenossenschaft für Gesundheitsdienste und Wohlfahrtspflege als Unternehmer. Eine Vorsorge für das Alter, insbesondere im Rahmen einer Pflichtversicherung als selbstständige Pflegeperson, betrieb er nicht, vielmehr - so seine Angaben (Bl. 63, 74a LSG-Akte) - beantragte er für alle Auftragsverhältnisse jeweils die Feststellung des sozialversicherungsrechtlichen Status, was ausnahmslos zur Feststellung von Versicherungspflicht auch in der gesetzlichen Rentenversicherung führte. Zu Beginn seiner freiberuflichen Tätigkeit stattete er sich mit eigener Arbeitskleidung für ca. 200,00 EUR aus und schaffte er einen Computer im Wert von ca. 600,00 EUR an. Steuerlich machte er vor allem neben Reisekosten und Telefonkosten Ausgaben für ein Kfz geltend; hinsichtlich der Einzelheiten wird auf Bl. 69/70 LSG-Akte Bezug genommen. Anfangs, auch für die hier streitigen Einsätze, nahm der Beigeladene die Dienste einer Vermittlungsagentur in Anspruch.

Auch die Klägerin bediente sich dieser Vermittlungsagentur und kam so in Kontakt mit dem Beigeladenen, der der Klägerin die ihm möglichen Zeiten für einen Einsatz sowie das von ihm beanspruchte Honorar mitteilte. Daraufhin schloss die Klägerin mit der Vermittlungsagentur für die jeweiligen Einsatzzeiten einen Vermittlungsvertrag, wonach die Vermittlungsagentur den Beigeladenen "in ein befristetes Arbeitsverhältnis" vermittelte, wobei der Beigeladene, "selbstständige Pflegekraft ... für alle Sozialversicherungsabgaben verantwortlich" sei. Hinsichtlich der Einzelheiten des jeweiligen Vermittlungsvertrages wird auf die Anlagen 13 bis 15 zum Schriftsatz der Klägerin vom 13.03.2017 (Anlagenband) Bezug genommen.

Der Beigeladene und die Klägerin unterschrieben eine mit "Dienstleistungs-Vertrag" überschriebene, vom Beigeladenen vorgeschlagene (vgl. Bl. 20 SG-Akte) Vereinbarung für eine Tätigkeit "auf dem Wohnbereich" der Klägerin für die Zeit vom 06.11.2012 bis 14.11.2012 und vom 21.11.2012 bis 28.11.2012. Die erteilten Aufträge seien vom freien Mitarbeiter in eigener Verantwortung auszuüben, die Interessen des Auftraggebers zu berücksichtigen. Vereinbart war ein Stundenlohn von 29,00 EUR, am Wochenende 32,20 EUR und feiertags 35,00 EUR sowie eine Nachtzulage (ab 20.00 Uhr) von 3,20 EUR. Als tägliche Arbeitszeit waren mindestens zehn Stunden bei möglicher Mehrarbeit vereinbart. Die Klägerin hatte freie Unterkunft und Verpflegung zu gewähren und sollte sich in Rücksprache mit dem Beigeladenen um die Arbeitskleidung kümmern. Ergänzend war für den Fall, dass der Vertrag keine anderen Bestimmungen enthält, die Geltung der gesetzlichen Bestimmungen und der allgemeinen Grundsätze des Arbeitsrechts vereinbart. Hinsichtlich der Einzelheiten wird auf die in den Akten befindliche Kopie dieses Vertrages (Bl. 206 ff. VA) Bezug genommen. In der Folge war der Beigeladene bei der Klägerin auch in den Zeiträumen vom 04.12. bis 09.12.2012, 14.12. bis 23.12.2012 und 03.01. bis 10.01.2013 tätig, wobei für diese Einsätze keine schriftliche Vereinbarung unterzeichnet wurde, der Beigeladene und die Klägerin aber darüber einig waren, dass sich auch diese Einsätze nach den für die früheren Einsätze vereinbarten Regelungen richten sollten (Angaben der Klägerin im Schriftsatz vom 13.03.2017, Bl. 41a LSG-Akte, Angaben des Beigeladenen, Bl. 64 LSG-Akte); abweichende Regelungen wurden nicht vereinbart (Bl. 64 LSG-Akte).

Entsprechend den vereinbarten Einsatzzeiten war der Beigeladene bei der Klägerin in beiden Wohnbereichen tätig und zwar in der Regel täglich zehn Stunden, entweder von 06.15 Uhr bis 17.15 Uhr oder von 10.45 Uhr bis 21.45 Uhr. Am 14.11.2012, am 28.11.2012, am 09.12.2012 und am 23.12.2012 betrug die Arbeitszeit dagegen lediglich zwischen sechs und sieben Stunden. Die erbrachten Stunden ließ sich der Beigeladene von einer Bevollmächtigten der Klägerin in einem Stundennachweis abzeichnen. Auf dieser Grundlage stellte er der Klägerin Rechnungen über die jeweiligen Einsatzzeiträume in Höhe von 2.580,40 EUR (Zeitraum 06.11. bis 14.11.2012), 2.333,90 EUR (Zeitraum 21.11. bis 28.11.2012), 1.729,80 EUR (Zeitraum 04.12. bis 09.12.2012), 2.969,90 EUR (Zeitraum 14.12. bis 23.12.2012) und 2.444,20 EUR (Zeitraum 03.01. bis 10.01.2013). Hinsichtlich der Einzelheiten der Rechnungen und der erbrachten Stunden wird auf die Rechnungen und Stundennachweise Bl. 63 ff. VA Bezug genommen.

Zu Beginn seines ersten Einsatzes wurde der Beigeladene in die örtlichen Gegebenheiten bei der Klägerin eingewiesen. Hinsichtlich der Einzelheiten der Verrichtungen (u.a. Hilfestellung bei der Körperpflege, der Nahrungsaufnahme, der Ausscheidung, Umlagern, Mobilisierung, Gespräche, Behandlungspflege) wird auf die Darstellung des Beigeladenen Bl. 20 VA und die beispielhaft für zwei vom Beigeladenen betreute Personen von der Klägerin geschilderten Maßnahmen (Schriftsatz vom 13.03.2017, Bl. 42a ff. LSG-Akte) Bezug genommen. Er wohnte in einem Appartement der Einrichtung und wurde vor Ort durch die Küche der Einrichtung verpflegt, wo er sich das gewünschte Essen holen konnte. Bei Arbeitsbeginn um 06.15 Uhr (Frühdienst) konnte sich der Beigeladene den Wohnbereich bzw. die von ihm zu pflegenden Bewohner aussuchen, wobei insoweit auch besondere Wünsche der Bewohner (z.B. nicht durch eine männliche Pflegefachkraft gepflegt zu werden) Berücksichtigung fanden. Bei einem späteren Beginn (10.45 Uhr, Spätdienst) übernahm der Beigeladene die Pflege der noch unversorgten Personen, also nach dem aktuellen Bedarf (Bl. 51a LSG-Akte). Sofern eine andere Fachkraft während seines Dienstes anwesend war, sprach er sich mit dieser im Hinblick auf die jeweils anfallenden Arbeiten ab. Die Arbeits- und Verbrauchsmittel für die Pflege der Bewohner waren vorhanden, der Beigeladene musste hierfür keine eigenen Mittel einsetzen. Er trug seine eigene Arbeitskleidung mit einem Namensschild, das ihn als selbstständige Pflegefachkraft auswies, und er stellte sich zum jeweiligen Beginn seiner Tätigkeit beim jeweiligen Bewohner auch als selbstständige Pflegekraft vor. Seine Verrichtungen und bestimmte Vorgänge dokumentierte er in der von der Klägerin geführten Pflegedokumentation (s. die beispielhafte Darstellung im Schriftsatz der Klägerin vom 13.03.2017, Bl. 42a ff. LSG-Akte). Bei Bedarf (z.B. hohes Körpergewicht des Bewohners) hatte der Beigeladene die Möglichkeit, eine bei der Klägerin angestellte Pflegehilfskraft oder auch eine andere Honorarkraft um Unterstützung zu bitten. Reinigungsarbeiten wurden durch Hilfskräfte der Klägerin bzw. durch einen Fremddienstleister ausgeführt (Bl. 45a LSG-Akte). Sofern seine Arbeitszeit zu den regulären Dienstübergaben begann oder

endete, nahm er an diesen Übergaben teil, ansonsten gab er die notwendigen Informationen an die jeweilige anwesende Pflegefachkraft weiter oder holte die entsprechenden Informationen von dieser (Bl. 66 LSG-Akte). Bei Abwesenheit (vgl. beispielsweise den Stundennachweis zum 22.12.2012: Arbeitszeit 7.00 bis 13.00 und 17.00 bis 21.45 Uhr) wurden die von ihm betreuten Bewohner durch eine andere diensthabende Pflegefachkraft der Klägerin versorgt (Bl. 67 LSG-Akte).

Im Oktober 2013 beantragte der Beigeladene (auch) für seine Einsätze bei der Klägerin die Feststellung des sozialversicherungsrechtlichen Status mit dem Ziel, feststellen zu lassen, dass eine Beschäftigung nicht vorliege. Er trug u.a. vor, da er nicht weisungsgebunden sei, könne er selbst entscheiden, welche Tätigkeiten er übernehme. Er sei nicht an die Pflegeplanung gebunden und entscheide selbst, wie lange er arbeite und ob und wann er Pause mache. Die Klägerin, die ebenfalls das Nichtvorliegen einer Beschäftigung zur Feststellung beantragte (Bl. 176 VA), verwies u.a. darauf, dass für den Beigeladenen Abweichungen vom existierenden Pflegeplan möglich gewesen seien bzw. der Beigeladene auch einen eigenen Pflegeplan hätte erstellen können (was nicht erfolgt sei). Der Beigeladene sei berechtigt gewesen, eine gleich qualifizierte Ersatzkraft zu stellen und nicht zur persönlichen Auftragserfüllung verpflichtet gewesen. Eine Verhinderung sei jedoch nicht eingetreten.

Mit getrennten Bescheiden vom 27.03.2014 stellte die Beklagte gegenüber der Klägerin und dem Beigeladenen fest, dass die Tätigkeit als Pflegefachkraft bei der Klägerin in den streitigen Einsatzzeiträumen im Rahmen eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses ausgeübt worden sei, die Versicherungspflicht mit dem Tag der Aufnahme der Beschäftigung begonnen habe und in dem Beschäftigungsverhältnis Versicherungspflicht in der Kranken-, Pflege- und Rentenversicherung sowie nach dem Recht der Arbeitsförderung bestanden habe. Den nur von der Klägerin eingelegten Widerspruch wies sie mit Widerspruchsbescheid vom 16.03.2015 (Bl. 753 ff. VA) zurück. Hinsichtlich der Begründung wird auf die Bescheide Bezug genommen.

Das hiergegen am 20.04.2015, einem Montag, von der Klägerin angerufene Sozialgericht Konstanz hat im Rahmen der Beweisaufnahme die Residenzleiterin der Klägerin als Zeugin vernommen. Nachdem diese ausgeführt hatte, hinsichtlich der Ausführung der Tätigkeit des Beigeladenen bestünden keine Unterschiede zu den Aussagen in den von der Klägerin ebenfalls anhängig gemachten Parallelverfahren, hat das Sozialgericht mit Gerichtsbescheid vom 19.12.2016 die angefochtenen Bescheide aufgehoben und festgestellt, dass auf Grund der Tätigkeit des Beigeladenen bei der Klägerin in den streitigen Zeiträumen keine Versicherungspflicht in der gesetzlichen Kranken-, Renten- und Pflegeversicherung sowie nach dem Recht der Arbeitsförderung bestanden habe. Nach den getroffenen Vereinbarungen sei eine abhängige Beschäftigung des Beigeladenen nicht gewollt gewesen und dies sei nach Überzeugung des Gerichts auch so gelebt worden. Weisungen seien nicht erteilt worden, der Beigeladene sei auch nicht in eine betriebliche Ordnung eingegliedert gewesen. Er habe ein - wenn auch nur geringes - unternehmerisches Risiko getragen, nämlich in Form von Aus- und Fortbildungskosten sowie Betriebsmitteln. Schließlich spreche die Höhe der Vergütung für eine selbstständige Tätigkeit.

Gegen den ihr am 27.12.2016 zugestellten Gerichtsbescheid hat die Beklagte am 10.01.2017 Berufung eingelegt. Sie verweist u.a. darauf, dass der Beigeladene seine Tätigkeit in den Räumen der Klägerin ausgeübt und festangestellte Mitarbeiter ersetzt habe, weil diese bei der Klägerin wegen des Pflegenotstandes gefehlt hätten. Der Unterschied zu den festangestellten Mitarbeitern habe lediglich im reduzierten Aufgabenumfang, in der Länge der Arbeitszeiten und der Vergütung bestanden, inhaltlich seien identische Leistungen erbracht worden. Dass der Beigeladene nicht an Teambesprechungen, Fortbildungen oder am internen Qualitätsmanagement teilgenommen habe, sei auf Grund des kurzfristigen Einsatzes nach Bedarf nicht von Bedeutung. Das Auftreten als selbstständige Pflegekraft betreffe weniger die Eingliederung in Arbeitsabläufe als vielmehr Bedingungen am Rande.

Die Beklagte beantragt,

den Gerichtsbescheid des Sozialgerichts Konstanz vom 19.12.2016 aufzuheben und die Klage abzuweisen.

Die Klägerin beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie verweist darauf, dass allein die Dienstleistung in ihren Betriebsräumen keine Eingliederung darstelle. Der Beigeladene sei weder Weisungen unterworfen gewesen noch habe sich eine Fremdbestimmtheit seiner Arbeit über eine funktionsgerecht dienende Teilhabe am Arbeitsprozess ergeben. Vielmehr habe sich die Tätigkeit einer jeden Pflegefachkraft nach dem konkreten Pflegebedarf und fachlichen Kriterien gerichtet. Eine festangestellte Pflegefachkraft unterliege verschiedensten fachlichen Vorgaben der Klägerin und zahlreichen Weisungen zum Arbeits- und Ordnungsverhalten, nicht aber der Beigeladene. Dementsprechend sei von den freiberuflichen Kräften nur ein Teilaspekt der Tätigkeit einer festangestellten Kraft ausgeübt worden. Im Rahmen der Prüfung eines unternehmerischen Risikos müsse auch das erhöhte Haftungsrisiko einer Fachkraft berücksichtigt werden.

Der Beigeladene stellt keinen Antrag.

Zur weiteren Darstellung des Sachverhalts und des Beteiligtenvorbringens wird auf die Prozessakten erster und zweiter Instanz und die vorgelegten Verwaltungsakten Bezug genommen.

Entscheidungsgründe:

Die gemäß den [§§ 143, 144, 151](#) des Sozialgerichtsgesetzes (SGG) zulässige Berufung der Beklagten ist begründet. Das Sozialgericht hat zu Unrecht die angefochtenen Bescheide aufgehoben und zu Unrecht festgestellt, dass mangels abhängiger Beschäftigung keine Versicherungspflicht in der Kranken- und Pflegeversicherung, der Rentenversicherung sowie nach dem Recht der Arbeitsförderung eintrat.

Gegenstand des Rechtsstreits ist der Bescheid der Beklagten vom 27.03.2014 in Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 16.03.2015, mit dem die Beklagte für die streitigen Zeiträume Versicherungspflicht des Beigeladenen in den einzelnen Zweigen der Sozialversicherung feststellte.

Entsprechend wendet sich die Klägerin mit der Anfechtungsklage gegen diese Feststellung und mit der - in der Rechtsprechung als zulässig angesehenen (vgl. u.a. BSG, Urteil vom 11.03.2009, [B 12 R 11/07 R](#) in [SozR 4-2400 § 7a Nr. 2](#)) - Feststellungsklage begehrt sie die gegenteilige gerichtliche Feststellung.

Allerdings sind diese zulässigen Klagen unbegründet. Die angefochtenen Bescheide sind rechtmäßig.

Rechtsgrundlage der Bescheide ist [§ 7a](#) des Vierten Buches des Sozialgesetzbuches (SGB IV). Nach [§ 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, wofür hier aber in Bezug auf die streitigen Arbeitseinsätze des Beigeladenen bei der Klägerin keine Anhaltspunkte bestehen. Zuständig für die Entscheidung über diesen Antrag ist nach [§ 7a Abs. 1 Satz 3 SGB IV](#) - abweichend von [§ 28h Abs. 2 Satz 1 SGB IV](#), der ansonsten die Zuständigkeit der Einzugsstelle begründet - die Beklagte. Sie entscheidet auf Grund einer Gesamtwürdigung aller Umstände des Einzelfalles, ob eine Beschäftigung vorliegt ([§ 7a Abs. 2 SGB IV](#)).

Gegenstand der Prüfung und der Entscheidung der Beklagten ist allerdings - über den Wortlaut der zitierten Regelung hinaus - nicht die isolierte Entscheidung und Feststellung, ob eine Beschäftigung vorliegt, sondern ob und inwieweit für die einzelnen Zweige der Sozialversicherung wegen des Vorliegens einer Beschäftigung Versicherungspflicht besteht (BSG, Urteil vom 11.03.2009, [B 12 R 11/07 R](#) in [SozR 4-2400 § 7a Nr. 2](#) und Urteil vom 04.06.2009, [B 12 R 6/08 R](#), in juris; zur Beschränkung der Prüfung hierauf BSG, Urteil vom 28.09.2011, [B 12 R 17/09 R](#), in juris). Dabei kommt es nicht darauf an, ob im Zeitpunkt der Entscheidung das zur Prüfung gestellte Verhältnis noch besteht (BSG, Urteil vom 04.06.2009, [B 12 R 6/08 R](#), in juris). Nach [§ 2 Abs. 2 Nr. 1 SGB IV](#) sind in den einzelnen Zweigen der Sozialversicherung nach Maßgabe der besonderen Vorschriften für die einzelnen Versicherungszweige unter anderem Personen versicherungspflichtig, die gegen Arbeitsentgelt beschäftigt sind. Entsprechende Regelungen (Versicherungspflicht von Personen, die gegen Arbeitsentgelt beschäftigt sind) finden sich für die Arbeitslosenversicherung in [§ 25 Abs. 1 Satz 1](#) des Dritten Buches des Sozialgesetzbuches - Arbeitsförderung - (SGB III), für die gesetzliche Rentenversicherung in [§ 1 Satz 1 Nr. 1](#) des Sechsten Buches des Sozialgesetzbuches - Gesetzliche Rentenversicherung - (SGB VI), für die Krankenversicherung in [§ 5 Abs. 1 Nr. 1](#) des Fünften Buches des Sozialgesetzbuches - Gesetzliche Krankenversicherung - (SGB V) sowie in [§ 20 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1](#) des Elften Buches des Sozialgesetzbuches - Soziale Pflegeversicherung (SGB XI) als akzessorische Regelung zur gesetzlichen Krankenversicherung (vgl. [§ 20 Abs. 1 Satz 1 SGB XI](#)).

[§ 7 Abs. 1 Satz 1 SGB IV](#) definiert den Begriff der Beschäftigung als nichtselbständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis. Nach Satz 2 der Regelung sind Anhaltspunkte für eine Beschäftigung eine Tätigkeit nach Weisungen und eine Eingliederung in die Arbeitsorganisation des Weisungsgebers.

Nach der ständigen Rechtsprechung des BSG (u.a. Urteil vom 11.11.2015, [B 12 R 2/14 R](#) in [SozR 4-2400 § 7 Nr. 27](#), auch zum Nachfolgenden; zur Verfassungsmäßigkeit der Abgrenzung zwischen Beschäftigung und selbstständiger Tätigkeit vgl. BVerfG, Beschluss vom 20.05.1996, [1 BvR 21/96](#) in [SozR 3-2400 § 7 Nr. 11](#)) setzt eine Beschäftigung voraus, 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 Ausführung umfassenden Weisungsrecht des Arbeitgebers unterliegt. Diese Weisungsgebundenheit kann eingeschränkt und zur "funktionsgerecht dienenden Teilhabe am Arbeitsprozess" verfeinert sein. Demgegenüber ist eine selbstständige Tätigkeit vornehmlich durch das eigene Unternehmerrisiko, das Vorhandensein einer eigenen Betriebsstätte, die Verfügungsmöglichkeit über die eigene Arbeitskraft und die im Wesentlichen frei gestaltete Tätigkeit und Arbeitszeit gekennzeichnet. Ob jemand abhängig beschäftigt oder selbstständig tätig ist, richtet sich, ausgehend von den genannten Umständen, nach dem Gesamtbild der Tätigkeit und hängt davon ab, welche Merkmale überwiegen.

Ob eine wertende Zuordnung zum Typus der Beschäftigung gerechtfertigt ist, ergibt sich aus dem Vertragsverhältnis der Beteiligten, so wie es im Rahmen des rechtlich Zulässigen tatsächlich vollzogen worden ist. Zur Abgrenzung von Beschäftigung und Selbstständigkeit ist somit regelmäßig vom Inhalt der zwischen den Beteiligten getroffenen Vereinbarungen auszugehen (BSG, Urteil vom 18.11.2015, [B 12 RK 16/13 R](#) in [SozR 4-2400 § 7 Nr. 25](#), auch zum Nachfolgenden). Liegen schriftliche Vereinbarungen vor, so ist neben deren Vereinbarkeit mit zwingendem Recht auch zu prüfen, ob mündliche oder konkludente Änderungen erfolgt sind. Diese sind ebenfalls nur maßgebend, soweit sie rechtlich zulässig sind.

Eine im Widerspruch zu ursprünglich getroffenen Vereinbarungen stehende tatsächliche Beziehung und die hieraus gezogene Schlussfolgerung auf die tatsächlich gewollte Natur der Rechtsbeziehung geht der nur formellen Vereinbarung vor, soweit eine - formlose - Abbedingung rechtlich möglich ist (BSG, Urteil vom 11.11.2015, [a.a.O.](#)). Umgekehrt gilt, dass die Nichtausübung eines Rechts unbeachtlich ist, solange diese Rechtsposition nicht wirksam abbedungen ist. In diesem Sinne gilt, dass die tatsächlichen Verhältnisse den Ausschlag geben, wenn sie von Vereinbarungen abweichen. Maßgebend ist die Rechtsbeziehung so, wie sie praktiziert wird und die praktizierte Beziehung so, wie sie rechtlich zulässig ist (BSG, [a.a.O.](#)).

Erst auf Grundlage der so getroffenen Feststellungen über den (wahren) Inhalt der Vereinbarungen ist eine wertende Zuordnung des Rechtsverhältnisses zum Typus der Beschäftigung oder selbstständigen Tätigkeit vorzunehmen und in einem weiteren Schritt zu prüfen, ob besondere Umstände vorliegen, die eine hiervon abweichende Beurteilung notwendig machen (BSG, Urteil vom 18.11.2015, [a.a.O.](#)).

Damit kommt es allein auf die Umstände des hier vorliegenden Einzelfalles an. Dem entsprechend kommt gerichtlichen Entscheidungen in anderen Fällen, da diesen andere Fallgestaltungen zu Grunde liegen, regelmäßig keine ausschlaggebende Bedeutung zu. Ebenso wenig ist die zu treffende Entscheidung - abhängige oder selbstständige Tätigkeit - anhand bestimmter Berufs- oder Tätigkeitsbilder zu treffen (BSG, Urteil vom 24.03.2016, [B 12 KR 20/14 R](#) in [SozR 4-2400 § 7 Nr. 29](#)). Vielmehr kann ein und dieselbe Tätigkeitsart - je nach konkreter Ausgestaltung der vertraglichen Grundlage in ihrer gelebten Praxis - sowohl als abhängige Beschäftigung als auch als selbstständige Tätigkeit ausgeübt werden (BSG, [a.a.O.](#)). Dem entsprechend relativiert sich die Relevanz des Vortrages der Beteiligten zu allgemeinen Umständen bei der Ausübung der vorliegenden Tätigkeit ebenso wie die Relevanz der von den Beteiligten angeführten instanzgerichtlichen Rechtsprechung.

Unter Abwägung aller rechtlichen und tatsächlichen Umstände gelangt der Senat zu dem Ergebnis, dass der Beigeladenen bei seinen

Einsätzen im Betrieb der Klägerin abhängig beschäftigt war.

Ausgangspunkt der Prüfung ist nach den dargestellten Grundsätzen die getroffene vertragliche Vereinbarung.

Der Senat vermag bereits nicht festzustellen, dass die Beteiligten eine selbstständige Tätigkeit des Beigeladenen bei der Klägerin in den streitigen Einsatzzeiträumen vereinbarten. Dabei legt der Senat für alle Einsatzzeiträume den Inhalt des zunächst nur für die Zeit vom 06.11. bis 14.11. und 21.11. bis 28.11.2012 schriftlich geschlossenen "Dienstleistungs-Vertrages" zu Grunde. Denn die Klägerin und der Beigeladene haben im Berufungsverfahren übereinstimmend dargelegt, dass diese Vereinbarungen nach dem Willen der Vertragsparteien auch für die nachfolgenden Einsätze gelten sollten. Insoweit geht der Senat daher von inhaltsgleichen mündlichen Verträgen aus.

Indessen ergeben sich aus diesem "Dienstleistungs-Vertrag" keine eindeutigen Hinweise auf eine vereinbarte selbstständige Tätigkeit. Das Gegenteil ist der Fall.

Für die Annahme, die Parteien hätten eine selbstständige Tätigkeit gewollt, spricht (vordergründig) die Bezeichnung des Beigeladenen als freiberufliche Pflegekraft bzw. freier Mitarbeiter. Allerdings können auch Selbstständige einen Arbeitsvertrag abschließen, was sie in diesem Verhältnis zu abhängig Beschäftigten macht. Als Indiz für die Vereinbarung einer selbstständigen Tätigkeit wertet der Senat die Passage, wonach der Beigeladene der Klägerin einen Arbeitszeitznachweis mit Rechnung zukommen lassen muss, also der Klägerin Rechnungen zu stellen hatte, was untypisch für Arbeitnehmer ist und den Hinweis, dass das Honorar umsatzsteuerfrei sei. Allerdings stehen diese indiziellen Umstände im Widerspruch zu anderen, ausdrücklichen Regelungen des Vertrages.

So ist im Vertrag ausdrücklich bestimmt, dass "die gesetzlichen Bestimmungen und die allgemeinen Grundsätze des Arbeitsrechts" ergänzend gelten. Mit dieser Formulierung wurde die ergänzende Geltung des Arbeitsrechts vereinbart. Denn Bezugspunkt der "gesetzlichen Regelungen" ist mangels anderweitiger Erklärung das am Ende der Textpassage angeführte Arbeitsrecht. Zu den Regelungen des Arbeitsrechts zählen aber u.a. das Weisungsrecht des Arbeitgebers und insbesondere die klassischen Arbeitnehmerrechte, was für ein Arbeitsverhältnis spricht (vgl. BSG, Urteil vom 29.06.2016, [B 12 R 5/14 R](#), in juris). Damit wurde die Geltung des Arbeitsrechts vereinbart, soweit keine vorgehenden anderen Vereinbarungen erfolgten.

Mit Ausnahme der Rechnungsstellung durch den Beigeladenen wurde Gegenteiliges im Vertrag aber nicht vereinbart. Die oben angeführten bloßen Bezeichnungen (freiberufliche Pflegekraft bzw. freier Mitarbeiter) stellen ebenso wenig eine Vereinbarung dar, wie der als steuerrechtliche Bewertung zu verstehender Passus, dass das Honorar umsatzsteuerfrei sei. Soweit hieraus auf die Vereinbarung zu schließen ist, dass das Honorar ohne Steuern in Rechnung zu stellen sei, ist dies die notwendige Konsequenz der steuerrechtlichen Beurteilung; eine Regelungswirkung in Bezug auf eine Abweichung vom vereinbarten Arbeitsrecht liegt darin nicht.

Insbesondere aber wurde eine ausdrückliche Regelung zu einem Weisungsrecht der Klägerin - insbesondere dessen Ausschluss - nicht getroffen. Die insoweit indiziell vom Senat geprüfte Formulierung, die erteilten Aufträge seien in eigener Verantwortung auszuüben, die Interessen des Auftraggebers seien zu berücksichtigen, ist eher als Hinweis auf die fachliche Qualifikation des Beigeladenen und die damit verbundene fachliche Verantwortung bei der Ausübung pflegerischer Tätigkeit zu verstehen. Den (konkludenten) Ausschluss eines Weisungsrechts sieht der Senat hierin deshalb nicht. Sonstige Indizien für eine Beschränkung oder gar einen Ausschluss eines Weisungsrechts finden sich nicht. Dass tatsächlich - so das Sozialgericht und die Klägerin in der mündlichen Verhandlung - keine Weisungen erteilt wurden, ist insoweit unerheblich, maßgebend ist die Rechtsmacht, die der Vertrag der Klägerin verleiht.

Zutreffend weist die Klägerin darauf hin, dass die mit dem Beigeladenen vereinbarte Vergütung (29,00 bis 35,00 EUR, zzgl. ggf. Nachzulage) das für angestellte Fachkräfte im streitigen Zeitraum gezahlte Arbeitsentgelt (12,69 bis 15,58 EUR zzgl. ggf. Zulagen) deutlich überschreitet. Nach der Rechtsprechung kann dies ein gewichtiges Indiz für eine selbstständige Tätigkeit sein (BSG, Urteil vom 31.03.2017, [B 12 R 7/15 R](#), Rdnr. 50, in juris). Vorliegend relativiert sich dieses, für eine selbstständige Tätigkeit sprechende Indiz aus Sicht des Senats allerdings dadurch, dass die Klägerin - wie sie in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat bestätigt hat - wegen des damals bestehenden Personalnotstandes bei den Pflegefachkräften praktisch gezwungen war, die Forderung des Beigeladenen zu akzeptieren (vgl. zur Bedeutung von Verhandlungs- und Marktmacht BSG, a.a.O., Rdnr. 48). Aber selbst wenn die Höhe der Vergütung zugunsten der Klägerin auch als Indiz für eine selbstständige Tätigkeit angenommen würde, käme der ausdrücklichen Vereinbarung der Geltung des Arbeitsrechts überragende Bedeutung zu. Denn auch Arbeitsentgelt ([§ 14 Abs. 1 SGB IV](#)) kann frei ausgehandelt werden und unterliegt nach oben keinen gesetzlichen Beschränkungen (BSG, a.a.O., Rdnr. 48), so dass bei vereinbarter Geltung des Arbeitsrechts der Vereinbarung eines hohen Stundenlohnes keine wesentliche Bedeutung zukommt.

Auch die sonstigen Umstände bei der Anbahnung der Vertragsverhältnisse deuten nicht auf die Vereinbarung einer selbstständigen Tätigkeit, sondern wiederum eher auf einen Arbeitsvertrag hin.

So ist in den Vermittlungsverträgen mit der Vermittlungsagentur ausdrücklich die Rede davon, dass der Beigeladene in ein befristetes Arbeitsverhältnis bei der Klägerin vermittelt wird. Auch wenn dies keine unmittelbare Rechtswirkungen auf den Vertrag zwischen der Klägerin und dem Beigeladenen hat, deutet dies doch auf die Absicht hin, eine abhängige Beschäftigung zu begründen. Soweit die Klägerin dies als missverständlich bezeichnet und darauf hinweist, dass zugleich geregelt sei, dass der Beigeladene für alle Sozialversicherungsabgaben verantwortlich sei, spricht auch dies nicht zwangsläufig für die Absicht einer selbstständigen Tätigkeit. Denn Sozialversicherungsabgaben fallen typischerweise bei Beschäftigungen an und die Übertragung der Abführungspflicht auf den Arbeitnehmer stellt sich dann als Verstoß gegen [§ 28d SGB IV](#) dar, wonach diese Pflicht den Arbeitgeber trifft.

In Bezug auf den Beigeladenen hat der Senat sogar durchschlagende Zweifel, ob seine Angabe, selbstständig sein zu wollen und die nach außen dokumentierten, hierfür sprechenden Umstände (insbesondere Auftreten nach außen, auch gegenüber der Klägerin, als selbstständiger Altenpfleger, freie Gestaltung seiner Arbeitszeiten durch befristete Einsätze bei verschiedenen Einrichtungen im ganzen Bundesgebiet) tatsächlich für die einzelnen Arbeitseinsätze ernst zu nehmen ist. Immerhin hat der Beigeladene auf die Frage nach seiner Altersvorsorge darauf verwiesen, für alle Arbeitseinsätze eine Statusfeststellung zu beantragen, in allen Fällen mit dem Ergebnis der Feststellung von Versicherungspflicht, auch und gerade in der gesetzlichen Rentenversicherung. Dies spricht dafür, dass der seit September 2012 von einer Rentenberaterin vertretene (vgl. Bl. 23 VA) Beigeladene seine Altersvorsorge bewusst durch Beschäftigungsverhältnisse und

deren Sozialversicherungspflicht betreibt. Hierfür spricht auch, dass der vorliegende Dienstleistungs-Vertrag, mit der Einbeziehung der Regeln des Arbeitsrechts, vom Beigeladenen gestellt wurde (Bl. 10 SG-Akte).

Im Rahmen der gebotenen Gesamtabwägung kommt daher der ausdrücklichen Vereinbarung der ergänzenden Geltung des Arbeitsrechts, wobei abweichende Vereinbarungen nur in Bezug auf die Rechnungsstellung erfolgten, überragende Bedeutung zu. Der Senat gelangt daher zu dem Ergebnis, dass die Vertragsparteien jeweils befristete Arbeitsverträge schlossen, wenn auch mit dem atypischen Inhalt, dass dem Beigeladenen keine Lohnabrechnung seitens der Klägerin erstellt, sondern die Vergütung vom Beigeladenen der Klägerin ohne Steuern in Rechnung gestellt wird. Damit unterlag der Beigeladene der arbeitgebertypischen Direktionsbefugnis der Klägerin.

Der Senat hat auch keine Zweifel daran, dass die Vertragsparteien sich an diese Vereinbarungen hielten. So erbrachte der Beigeladene die versprochene Arbeitsleistung, jedenfalls im Wesentlichen. Er arbeitete im vereinbarten Einsatzzeitraum täglich, von wenigen, von der Klägerin dann aber akzeptierten Ausnahmen abgesehen mindestens zehn Stunden. Er stellte der Klägerin die erbrachten Stunden unter Beifügung der verabredeten Stundennachweise ohne Steuern in Rechnung und die Klägerin beglich diese Rechnungen. Die Klägerin stellte dem Beigeladenen, wie vereinbart, Unterkunft und Verpflegung. Dass der Beigeladene seine eigene Arbeitskleidung verwandte, stellt keinen Widerspruch zum Vertrag dar, weil insoweit eine Rücksprache vereinbart und im Vertrag gerade keine verbindliche Regelung getroffen war. Soweit vereinbart war, dass vor Auftragsbeginn "das Krankheitsbild und der Pflegebedarf" per Post an den Beigeladenen übermittelt werden sollte, hielten die Parteien dies nach den Angaben der Klägerin in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat zwar nicht ein (schriftlich sei nichts erfolgt), dies gilt indessen nur für den formalen Aspekt der Schriftform. Denn die Klägerin hat zugleich angegeben, vor dem Einsatz sei Vieles telefonisch geklärt worden und im Übrigen wurde der Beigeladene vor Ort eingewiesen. Ohnehin betrifft dieser Passus des Vertrages keine Frage des Arbeitsrechts und damit auch keine abweichende Bestimmung zur vereinbarten Geltung des Arbeitsrechts.

Die konkrete Ausgestaltung der Einsätze lässt keinen Schluss auf eine konkludente Vertragsänderung zu.

Insbesondere war der Beigeladene nicht nur allgemein der arbeitgebertypischen Direktionsbefugnis der Klägerin (s.o.), sondern auch im Tatsächlichen konkret der fachlichen Überwachung und einem fachlichen Weisungsrecht der Klägerin unterworfen. Dieses spezielle fachliche Weisungsrecht ergibt sich zum einen aus den gesetzlichen Vorgaben des SGB XI und zum anderen aus der Tatsache, dass die Klägerin diesen Anforderungen des SGB XI gerecht werden wollte, ihnen durch die von ihr geschilderte Organisation ihrer Einrichtung auch wurde und sie so ihre gesetzlichen Verpflichtungen auch in das Verhältnis zu den eingesetzten Honorarkräften und damit auch dem Beigeladenen umsetzte.

Dem Status als nach [§ 72 Abs. 1 Satz 1 SGB XI](#) zugelassene Pflegeeinrichtung genügt die Klägerin nur, soweit die Pflegebedürftigen - dies fordert [§ 71 Abs. 2 Nr. 1 SGB XI](#) - unter ständiger Verantwortung einer verantwortlichen Pflegefachkraft gepflegt werden (BSG, Urteil vom 22.04.2009, [B 3 P 14/07 R](#) in [SozR 4-3300 § 71 Nr. 1](#), auch zum Nachfolgenden). Dies ist nur der Fall, wenn die verantwortliche Pflegefachkraft die den einzelnen Heimbewohnern zukommenden Pflegeleistungen, niedergelegt in einer Pflegeplanung, zumindest in den Grundzügen selbst festlegt, ihre Durchführung organisiert und ihre Umsetzung angemessen kontrolliert. Die verantwortliche Pflegefachkraft hat für eine kontinuierliche Steuerung der Pflegeprozesse Sorge zu tragen und hat die hierzu notwendige Stellung, Weisungsbefugnis und zeitliche Kapazität zu erhalten. Dies bedeutet, dass der gesamte fachliche Pflegeprozess in Bezug auf den einzelnen Pflegebedürftigen fachlich überwacht und bei Defiziten durch fachliche Weisungen eingeschritten wird. Ihre Verantwortung gegenüber dem Sozialleistungsträger auf Grund der erfolgten Zulassung und gegenüber dem Bewohner auf Grund des abgeschlossenen Vertrages erforderte daher eine korrespondierende Weisungsbefugnis gegenüber allen Personen, die die Klägerin zur Erfüllung ihrer Verpflichtungen einsetzte, also auch gegenüber dem Beigeladenen.

Solche Vorgaben des Leistungserbringerrechts sind bei der Gesamtabwägung zur Klärung des sozialversicherungsrechtlichen Status der eingesetzten Pflegekraft anhand der tatsächlichen Verhältnisse grundsätzlich zu berücksichtigen (BSG, Urteil vom 24.03.2016, [B 12 KR 20/14 R](#) in [SozR 4-2400 § 7 Nr. 29](#) betreffend Physiotherapeuten und Leistungen nach dem Fünften Buch Sozialgesetzbuch; ebenso bereits Urteil vom 14.09.1989, [12 RK 64/87](#) in [SozR 2200 § 165 Nr. 96](#); Urteil vom 25.04.2012, [B 12 KR 24/10 R](#) in [SozR 4-2400 § 7 Nr. 15](#) zur Familienhilfe nach dem Achten Buch Sozialgesetzbuch). Allerdings betreffen diese Regelungen regelmäßig ausschließlich das Verhältnis zwischen Kostenträger (z.B. Pflegekasse) und (zugelassenem) Leistungserbringer (BSG, Urteil vom 24.03.2016, [a.a.O.](#), auch zum Nachfolgenden). Eine unmittelbare gesetzliche Wirkung auch bezogen auf die sozialversicherungsrechtliche und beitragsrechtliche Lage in Bezug auf die konkret tätig werdende Person fehlt. Selbst die Annahme, solche Dienste ließen sich wegen gesetzlicher Vorgaben sachgerecht nur durch Beschäftigte erbringen, führt zu keinem zwingenden Ergebnis. Denn hieraus kann nicht ohne Weiteres geschlossen werden, dass die Beteiligten diese Einschätzung teilten und sie umsetzen wollten und dies auch taten (BSG, Urteil vom 25.04.2012, [B 12 KR 24/10 R](#) in [SozR 4-2400 § 7 Nr. 15](#) in Bezug auf Familienhilfe nach dem Achten Buch Sozialgesetzbuch). Auch ein Verstoß gegen rechtliche Bindungen, nur Beschäftigte einzusetzen, würde nur das Verhältnis der Klägerin zu den Leistungsträgern betreffen und könnte ggf. Sanktionen von dort auslösen (BSG, Urteil vom 14.09.1989, [12 RK 64/87](#) in [SozR 2200 § 165 Nr. 96](#)). Unmittelbare Auswirkungen auf das Verhältnis zwischen der Klägerin und dem Beigeladenen hätte dies aber nicht (vgl. BSG, a.a.O.).

Hier indessen hat die Klägerin mit den Ausführungen im Schriftsatz vom 17.03.2017 klar zum Ausdruck gebracht, dass sie ihre Einrichtung unter Beachtung dieser gesetzlichen Vorgaben führt(e). Sie hat dargelegt, dass auch im streitigen Zeitraum zur Überwachung einer ordnungsgemäßen Pflege und Behandlung eine verantwortliche Pflegefachkraft eingesetzt war, die für die Sicherstellung der Pflegequalität verantwortlich war und die verpflichtet war, sich von der Qualität der Pflege durch Visiten, Qualitätschecks, Rundgänge und Einblick in die Pflegedokumentation zu überzeugen. Zwar fand dies nicht ausdrücklich Eingang in die vertragliche Vereinbarung mit dem Beigeladenen. Indessen waren den Vertragsparteien auf Grund ihrer fachlichen Kompetenz diese gesetzlichen Hintergründe bekannt. Mangels gegenteiliger Regelung im "Dienstleistungs-Vertrag" bestand damit - zusätzlich zum Aspekt des allgemein vereinbarten Arbeitsrechts - ein Weisungsrecht der Klägerin unter dem Gesichtspunkt der dargestellten, für sie geltenden gesetzlichen Verpflichtungen in Bezug auf die Arbeitsausführung des Beigeladenen im Sinne der Einhaltung der Pflegeplanung. Dies spricht wiederum für eine abhängige Beschäftigung. Dabei ist auch insoweit ohne Bedeutung, ob es - was die Klägerin in der mündlichen Verhandlung verneint hat - tatsächlich zur Erteilung von Weisungen an den Beigeladenen kam. Maßgeblich ist das von der Klägerin wegen ihrer Absicht, die ihr obliegenden gesetzlichen Pflichten zu erfüllen, beanspruchte Kontrollrecht und die zur Durchsetzung ihrer Pflichten zu beanspruchende Möglichkeit zur Erteilung von Weisungen.

Soweit die Klägerin in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat trotz dieser Umstände gleichwohl das Vorliegen eines fachliches

Weisungsrechts bestreitet, beruht dies auf einer Fehlinterpretation des Begriffes Weisungen. Denn es ist unerheblich, ob bei Defiziten in der Arbeitsausführung mit Bitten auf die Honorarkräfte eingewirkt wird (wie die Klägerin in der mündlichen Verhandlung eingeräumt hat). Denn auch eine in Form der Bitte oder des Wunsches erfolgende Äußerung, mit der auf die Ausführung der Tätigkeit durch die Pflegekraft eingewirkt werden soll, ist Ausdruck des beschriebenen Weisungsrechts. Und wenn im Extremfall, bei beharrlicher Weigerung den Bitten nachzukommen, das Dienstverhältnis gekündigt wird (so der weitere Vortrag), mündet das Weisungsrecht eben in das Recht zur fristlosen Kündigung. Im Grunde hat die Klägerin mit diesem Vortrag in der mündlichen Verhandlung - Zugehen auf die Honorarkräfte bei Defiziten in der von der Klägerin gewünschten Arbeit und notfalls Trennung, auch mit sofortiger Wirkung - erneut eingeräumt, dass auch tatsächlich in ihrer Einrichtung die Verpflichtungen aus dem Leistungserbringerrecht ernst genommen und durchgesetzt werden. Damit nimmt die Klägerin auch tatsächlich, im Bedarfsfall, das fachliche Weisungsrecht wahr. Dass im Einzelfall zur Erteilung von Weisungen, wie gegenüber dem Beigeladenen, kein Anlass besteht, ändert - wie bereits erwähnt - nichts.

Soweit die Klägerin allgemein behauptet, der Beigeladene sei nicht an inhaltliche Vorgaben gebunden und er sei keinen Weisungen unterworfen gewesen, erkennt sie somit den Inhalt der geschlossenen Arbeitsverträge (arbeitgebertypische Direktionsbefugnis) und die Auswirkungen der Regelungen des SGB XI für eine diese gesetzlichen Verpflichtungen tatsächlich auch im Betrieb umsetzende Pflegeeinrichtung (fachliches Weisungsrecht).

Soweit die Klägerin ausführt, der Beigeladene habe von der Pflegeplanung abweichen können, bezieht sich dies, wie von der Klägerin klargestellt (Bl. 46a/47a LSG-Akte), auf Marginalien, wie die Wahl zwischen Baden oder Duschen bzw. die Änderung der Frequenz, denen keine essentielle Bedeutung zukommt und im Übrigen von den Wünschen und dem aktuellen Bedarf des Bewohners bestimmt wird. Auch angestellten Fachkräften wäre diese Flexibilität einzuräumen.

Soweit die Klägerin vorträgt, der Beigeladene hätte eine eigene Pflegeplanung erstellen können, erscheint dies dem Senat angesichts des Umfangs der beispielhaft vorgelegten Pflegeplanungen einerseits und der als Aushilfstätigkeit zu wertenden kurzzeitigen Einsätze des Beigeladenen von vornherein nicht plausibel. Im Übrigen sieht die Klägerin eine solche Befugnis für jede Honorarkraft. Bei einem Anteil der Honorarkräfte an den Pflegefachkräften von bis zu 85% - so die Angaben in der mündlichen Verhandlung - wären die Bewohner - würde diese behauptete Befugnis von der Honorarkraft in Anspruch genommen - einer sich permanent, u.U. im Wochenrhythmus, ändernden Pflegeplanung ausgesetzt. Dies erscheint dem Senat wirklichkeitsfremd. Keinesfalls würde eine solche Befugnis etwas an der Verantwortung der Klägerin und der für sie tätigen verantwortlichen Pflegefachkraft und damit am Bestehen eines fachlichen Kontroll- und Weisungsrechtes des Beigeladenen - dann eben in Bezug auf die Pflegeplanung selbst (s.o.: Festlegung der Pflegeplanung durch die verantwortliche Pflegefachkraft zumindest in den Grundzügen) - ändern. In Bezug auf das - wie oben dargelegt mit der Geltung des Arbeitsrechts vereinbarte - umfassende arbeitsvertragstypische Direktionsrecht der Klägerin wäre dieser Aspekt ohnehin nicht von Bedeutung.

Soweit der Beigeladene meint (Bl. 62 LSG-Akte), er sei an die Pflegeplanung der Klägerin nicht gebunden gewesen, weil er als Selbstständiger keinem Weisungsrecht unterliege, trifft dies nicht zu. Insoweit unterliegt der Beigeladene einem Zirkelschluss, wenn er aus dem Postulat der Selbstständigkeit auf ein fehlendes Weisungsrecht schließt. Denn gerade die Frage der Selbstständigkeit ist vorliegend im Streit und deren Beantwortung u.a. abhängig von der Frage bestehender Weisungsabhängigkeit. Im Übrigen wäre ein einseitiger, nicht offen gelegter Vorbehalt des Beigeladenen, sich nicht an die Pflegeplanung halten zu wollen, rechtlich ohne Bedeutung (vgl. [§ 116 Satz 1](#) Bürgerliches Gesetzbuch), weil der Ausschluss eines Weisungsrechtes nur durch übereinstimmende Erklärungen erfolgen kann und die Klägerin - wie dargelegt - gerade nicht damit einverstanden war, der verantwortlichen Pflegefachkraft die erforderlichen Befugnisse im Verhältnis zum Beigeladenen zu entziehen. Im Übrigen beträfe auch dieser Aspekt nicht das arbeitsvertragliche Weisungsrecht.

Soweit der Beigeladene und die Klägerin übereinstimmend vorbringen, der Beigeladene sei nicht in die betriebliche Organisation der Klägerin eingegliedert gewesen, trifft auch dies in dieser Allgemeinheit nicht zu.

Richtig ist, dass die Notwendigkeit, die vereinbarte Dienstleistung in der Einrichtung der Klägerin zu erbringen (Ort der Tätigkeit), keine maßgebliche Rolle spielt. Denn dies ergab sich aus der Natur der Sache und dies war von vornherein vereinbart. Dieser Umstand spricht weder für noch gegen eine Eingliederung.

Auch die Notwendigkeit, dass bei Wechsel der Pflegekräfte zu deren jeweiligem Arbeitsende eine Organisation der Folgebetreuung erfolgen musste, begründet keine Eingliederung in den Betrieb. Denn damit war der Beigeladene zwar ein Teil von mehreren, bei der Betreuung eingesetzter Personen. Indessen besagt der Umstand, dass jemand zu einem Pool von Einsatzkräften gehört, die zur Erfüllung anderen Personen obliegenden Verpflichtungen gegenüber Dritten (hier den Betreuten) bereitstehen, über deren Eingliederung nichts aus (BSG, Urteil vom 28.09.2011, [B 12 R 17/09 R](#), Rdnr. 23, in juris).

Der Beigeladene war auch nicht verpflichtet, an Dienstbesprechungen, Fortbildungen oder sonstigen Veranstaltungen der Klägerin teilzunehmen. Dies spricht zwar nicht für eine Eingliederung, allerdings auch nicht für eine selbstständige Tätigkeit. Denn angesichts des zeitlich begrenzten Einsatzes wäre ein solcher Aufwand auch bei einer Aushilfs-Beschäftigung nicht zu erwarten. Gleiches gilt für die von der Klägerin für auf Dauer angelegte Beschäftigungen beschriebenen Maßnahmen, wie beispielsweise umfassende Einweisungen, Vorgaben des Anforderungsprofils (vgl. z.B. Bl. 69 ff. SG-Akte) sowie die umfassenden Aufgabenbereiche mit Einbindung in die betriebliche Gesamtorganisation (vgl. Bl. 32a LSG-Akte).

Schließlich hob sich der Beigeladene durch die eigene Arbeitskleidung und sein, einen freiberuflichen Status postulierendes Namensschild von den bei der Klägerin angestellten Mitarbeitern ab, was ein Indiz gegen eine Eingliederung darstellt. Die Bedeutung dieses Umstandes relativiert sich im vorliegenden Fall aber dadurch, dass zwischen den Beteiligten ein Arbeitsverhältnis vereinbart war. Allein diese Äußerlichkeiten vermögen eine gegenteilige Vereinbarung nicht zu begründen, zumal es bei Aushilfsbeschäftigungen aus Gründen der Wirtschaftlichkeit nachvollziehbar ist, wenn (die einheitliche) Arbeitskleidung nicht zur Verfügung gestellt wird.

Eine gewisse Eingliederung in den Betrieb der Klägerin folgt aus den täglichen Arbeitszeiten des Beigeladenen, die zwar nicht den für das Stammpersonal der Klägerin geltenden Schichtzeiten folgten, wohl aber der von der Klägerin dargelegten Dienstplanlegende und damit der betrieblichen Organisation der Klägerin. So orientierte sich Arbeitsbeginn und Arbeitsende des Beigeladenen regelmäßig mit nur wenigen Ausnahmen an den Diensten F7 (Frühdienst 6.15 Uhr bis 17.15 Uhr) und S7 (Spätdienst 10.45 bis 21.45 Uhr) der Dienstplanlegende

(Anlagen 7 und 8 zum Schriftsatz vom 13.03.2017, Anlagenband). Dass diese Dienste von der Klägerin speziell für "Honorarkräfte", die gerne mindestens zehn Stunden täglich arbeiten wollten, in den Schichtplan aufgenommen wurden, ändert nichts an der erfolgten Organisation. Entsprechendes sah die Klägerin auch für Teilzeitkräfte vor, wie sich aus anderen Diensten mit beispielsweise vier Stunden ergibt.

Ähnliches gilt in Bezug auf die Möglichkeit des Beigeladenen, zur Erfüllung seiner vertraglichen Pflichten auf die personellen Betriebsmittel der Klägerin zurückzugreifen. So konnte er sich bei Bedarf (z.B. hohes Körpergewicht des Bewohners) zur Unterstützung eine bei der Klägerin angestellte Pflegehilfskraft oder eine von der Klägerin eingesetzte Honorarkraft holen.

Die von der Klägerin und dem Beigeladenen vorgetragene freie Entscheidung des Beigeladenen, welche Bewohner er versorgt, kam nur dann zum Tragen, wenn der Beigeladene bereits zur Frühschicht tätig wurde. Nur dann kam ihm nach dem übereinstimmenden Vortrag eine solche Auswahlmöglichkeit zu. Allerdings relativiert sich diese Auswahlmöglichkeit dadurch, dass 85% der Pflegefachkräfte Honorarkräfte waren und ebenfalls eine solche Auswahlentscheidung hatten, was zwangsläufig - bei gleichzeitigem Beginn in der Frühschicht - zu Absprachen führen musste. Erschien der Beigeladene zur Spätschicht, waren ohnehin bereits andere Pflegefachkräfte im Einsatz und der Beigeladene hatte jene Bewohner zu betreuen, um die sich noch niemand kümmerte. Auch insoweit war er durchaus in den Betriebsablauf der Klägerin eingegliedert.

Entgegen dem Vortrag der Klägerin (u.a. Bl. 41a LSG-Akte) kann nicht festgestellt werden, dass der Beigeladene nicht zur persönlichen Leistungserbringung verpflichtet war, er also nach seinem Belieben andere Personen hätte einsetzen können, was gegen eine Beschäftigung sprechen könnte (vgl. BSG, Urteil vom 18.11.2015, B 12 RK 16/13 R in SozR 4-2400 § 7 Nr. 25). Eine solche Abrede hat der Beigeladene gerade nicht bestätigt, sondern ausgeführt, dass keine Absprachen für den Fall seiner Erkrankung getroffen wurden (Bl. 67 LSG-Akte). Tatsächlich kam es auch zu keinem derartigen Einsatz eines vom Beigeladenen ausgewählten Dritten, obwohl beim Einsatz des Beigeladenen - ausgehend von der vereinbarten täglichen Arbeitszeit von zehn Stunden - Fehlzeiten auftraten, die jedoch durch das Personal der Klägerin "aufgefangen" wurden (Bl. 67 LSG-Akte), also gerade nicht durch vom Beigeladenen gestellte Personen. So war der Beigeladene am 14.11.2012 statt der vereinbarten zehn Stunden lediglich sechs Stunden, am 28.11.2012 nur sechseinhalb, am 09.12.2012 nur sieben Stunden und am 23.12.2012 sechsdreiviertel Stunden tätig. Damit spricht auch diese tatsächliche Gestaltung - Auffangen der Fehlzeiten durch Angestellte der Klägerin - eher für eine Eingliederung des Beigeladenen in die Organisation der Klägerin und für ein Beschäftigungsverhältnis.

Vor diesem Hintergrund (vereinbarter Arbeitsvertrag) kommt der Frage, ob der Beigeladene ein unternehmerisches Risiko trug, keine entscheidungsrelevante Bedeutung mehr zu. Denn selbst wenn dies der Fall sein sollte, er also im Allgemeinen als Selbstständiger anzusehen sein sollte, läge doch in Bezug auf die konkreten Arbeitseinsätze bei der Klägerin eine Beschäftigung vor. Gleiches würde gelten, wenn ihm im Rahmen der hier streitigen Arbeitseinsätze ein unternehmerisches Risiko aufgebürdet worden wäre. Denn die Belastung eines Erwerbstätigen, der im Übrigen nach der tatsächlichen Gestaltung des gegenseitigen Rechtsverhältnisses als Arbeitnehmer einzustufen ist, mit zusätzlichen Risiken, vermag keinen Hinweis auf die selbstständige Tätigkeit zu begründen (BSG, Urteil vom 13.07.1978, [12 RK 14/78](#) in SozR 2200 § 1227 Nr. 17).

Lediglich ergänzend weist der Senat darauf hin, dass auch kein relevantes unternehmerisches Risiko des Beigeladenen zu erkennen ist.

Maßgebliches Kriterium für ein solches Risiko 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 ungewiss ist (BSG, Urteil vom 28.05.2008, [B 12 KR 13/07 R](#), in juris). Dabei stellen nicht nur selbst getragene Begleitkosten des Einsatzes (BSG, a.a.O.), sondern auch allgemeine, nicht für den konkreten Arbeitseinsatz getätigte Aufwendungen für die berufliche Tätigkeit als solche einen persönlichen finanziellen Einsatz in diesem Sinne dar (BSG, a.a.O.: Aufrechterhaltung der Fluglizenz). Es sind daher insoweit nicht nur die Verhältnisse bei Durchführung der einzelnen Aufträge in den Blick zu nehmen. Ein typisches unternehmerisches Risiko kann sich nämlich gerade daraus ergeben, dass vorgreiflich Investitionen (auch) im Hinblick auf eine ungewisse Vielzahl zukünftig am Markt noch einzuwerbender Aufträge getätigt werden (BSG, Urteil vom 18.11.2015, B 12 RK 16/13 R in SozR 4-2400 § 7 Nr. 25).

Soweit das Sozialgericht insoweit auf dem Beigeladenen entstandene Aus- und Fortbildungskosten verweist, wird dadurch jedoch schon deshalb kein unternehmerisches Risiko begründet, weil diese Kosten nicht wegen der selbstständigen Tätigkeit, sondern im Zusammenhang mit der zunächst vom Beigeladenen jahrelang ausgeübten Arbeitnehmerstätigkeit entstanden. Das vom Beigeladenen angeführte Darlehn in Höhe von 5.000,00 EUR als solches kann im Rahmen der Prüfung eines Unternehmerrisikos nur insoweit berücksichtigt werden, als es tatsächlich für Betriebsmittel eingesetzt wurde. Die insoweit vom Beigeladenen angegebenen einmaligen Anschaffungskosten für einen Computer im Wert von 600 EUR und für Arbeitskleidung in Höhe von 200 EUR sind angesichts des absoluten Betrages und der Lebensdauer geringfügig. Die Kosten für das Kfz und sonstige Gegenstände des täglichen Bedarfs relativieren sich schon deshalb, weil sie auch bei nicht erwerbstätigen Personen regelmäßig zur privaten Nutzung vorhanden sind (vgl. BSG, Urteil vom 18.11.2015, B 12 RK 16/13 R in SozR 4-2400 § 7 Nr. 25) und auch Arbeitnehmer auf eigene Kosten den Arbeitsplatz aufsuchen müssen, also ggf. mit den Kosten eines Kfz belastet sind.

Der Abschluss einer Haftpflichtversicherung und damit das von der Klägerin angesprochene "erhöhte Haftungsrisiko" ist kein speziell für eine selbstständige Tätigkeit sprechendes Merkmal (BSG, Urteil vom 25.01.2001, [B 12 KR 17/00 R](#), in juris). Sie beeinflusst weder die Eingliederung in den Betrieb noch die Risikoverteilung zwischen den Vertragsparteien. Eine Haftung für schuldhaftes Verhalten trifft auch Arbeitnehmer, wenn auch eingeschränkt, und Haftpflichtversicherungen werden deshalb auch von abhängig Beschäftigten abgeschlossen (BSG, a.a.O., m.w.N.). Dem entsprechend misst der Senat auch dem von der Klägerin angeführten, gerade durch die Haftpflichtversicherung abgedeckten Haftungsrisiko des Beigeladenen keine maßgebliche Bedeutung zu.

Nichts anderes gilt für die angegebene Rechtsschutzversicherung und im Grunde auch für die freiwillige Krankenversicherung, die insbesondere auch von abhängigen Beschäftigten, wenn sie wegen Überschreitens der Jahresarbeitsentgeltgrenze in der Krankenversicherung versicherungsfrei (vgl. [§ 6 Abs. 1 Nr. 1 SGB V](#)) sind, in Anspruch genommen wird.

Soweit der Beigeladene auf seine Gewinnermittlung verweist, können die dort aufgeführten weiteren Ausgaben nicht als vorgreifliche, ein

Unternehmerrisiko darstellende Investitionen angesehen werden. Denn es handelt sich insoweit um Ausgaben im Zusammenhang mit dem jeweiligen konkreten Auftrag (hierzu sogleich), also gerade nicht um vorgeifliche Investitionen.

In Bezug auf die hier streitigen Arbeitseinsätze trug der Beigeladene kein arbeitnehmeruntypisches Risiko des Verlustes seines Vergütungsanspruches und damit der vergeblichen Investition der zur Erfüllung des Auftrages aufgewandten Mittel (Fahrkosten, Kleidung, Telefongebühren, Bürobedarf usw.). Denn selbst wenn ein Bewohner der Einrichtung aus dem zu versorgenden Personenkreis ausschied (durch Tod, Verlegung ins Krankenhaus oder Umzug), waren noch genügend zu pflegende Personen vorhanden, damit der Beigeladene die vereinbarte Stundenzahl leisten konnte. Im Übrigen enthält der "Dienstleistungs-Vertrag" keine Regelung dazu, was bei fehlender Arbeit mit dem Vergütungsanspruch geschehen sollte. Hier führen die in der Rechtsprechung der Arbeitsgerichte entwickelten Grundsätze zur Sphärentheorie, insbesondere zum den Arbeitgeber treffenden Betriebsrisiko (vgl. [§ 615 Satz 3](#) des Bürgerlichen Gesetzbuches - BGB - und zusammenfassend Weidenkaff in Palandt, BGB, 76. Auflage, § 615 Rdnr. 21), zu der Rechtsfolge eines weiter bestehenden Vergütungsanspruches. Diese Grundsätze aber galten nach der vereinbarten vertraglichen Regelung auch im Verhältnis zwischen der Klägerin und dem Beigeladenen.

Im Ergebnis ist somit festzustellen, dass die Parteien mit den inhaltsgleichen "Dienstleistungs-Verträgen" für die jeweiligen, hier streitigen Arbeitseinsätze Arbeitsverträge schlossen und auch im Tatsächlichen keine hiervon abweichenden (konkludenten) Vereinbarungen trafen. Vielmehr beanspruchte die Klägerin das für den Betrieb gesetzlich vorgegebene Kontroll- und Weisungsrecht auch im Tatsächlichen. Damit unterlag der Beigeladene in rechtlicher Hinsicht einem Weisungsrecht und er war auch tatsächlich - wenn auch nicht im Ausmaß der bei der Klägerin festgestellten Kräfte - in den Betrieb der Klägerin eingegliedert. Damit bestand Versicherungspflicht in allen Zweigen der Sozialversicherung.

Der Tatbestand der Versicherungsfreiheit wegen Überschreitens der Jahresarbeitsentgeltgrenze nach [§ 6 Abs. 1 Nr. 1 SGB V](#) liegt nicht vor. Zwar überschritt der vom Beigeladenen für das Jahr 2013 ermittelte Gewinn (vgl. Bl. 69 f. LSG-Akte) mit 56.271,38 EUR die Jahresarbeitsentgeltgrenze von 52.200,00 EUR. Allerdings regelt [§ 6 Abs. 4 Satz 1 SGB V](#) hierzu, dass die Versicherungspflicht erst mit Ablauf des Kalenderjahres endet, in dem sie überschritten wird. Im Jahr 2012, in dessen Verlauf sich der Kläger selbstständig machte, betrug der von ihm ermittelte Gewinn lediglich 14.762,58 EUR. Eine Überschreitung der Jahresarbeitsentgeltgrenze (50.850,00 EUR) bereits im Jahre 2012 lässt sich somit nicht feststellen. Dies gilt auch in Bezug auf die Einnahmen aus abhängiger Beschäftigung im Jahre 2012. Die Höhe dieser Einnahmen hat nicht geklärt werden können. Denn der Beigeladene hat die vom Senat geforderten Einkommenssteuerbescheide für die Jahre 2012 und 2013 bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung nicht vorgelegt. Weiter Ermittlungsmöglichkeiten hierzu bestehen nicht. Damit konnte die Versicherungspflicht wegen Überschreitung der Jahresarbeitsentgeltgrenze frühestens (s. aber [§ 6 Abs. 4 Satz 2 SGB V](#)) zum 31.12.2013 enden. Die streitigen Zeiträume liegen indessen vor diesem Tag.

Die Kostenentscheidung beruht auf [§ 197a Abs. 1 Satz 1 SGG](#) i.V.m. [§ 154 Abs. 1](#) Verwaltungsgerichtsordnung.

Gründe für die Zulassung der Revision liegen nicht vor.

Rechtskraft

Aus

Login

BWB

Saved

2017-10-10