

L 4 R 3961/15

Land

Baden-Württemberg

Sozialgericht

LSG Baden-Württemberg

Sachgebiet

Rentenversicherung

Abteilung

4

1. Instanz

SG Stuttgart (BWB)

Aktenzeichen

S 17 R 5005/13

Datum

25.08.2015

2. Instanz

LSG Baden-Württemberg

Aktenzeichen

L 4 R 3961/15

Datum

18.05.2018

3. Instanz

Bundessozialgericht

Aktenzeichen

-

Datum

-

Kategorie

Urteil

Leitsätze

Zum versicherungsrechtlichen Status eines "Rund-um-Pflege"-Assistenten eines an einer schweren Muskelerkrankung leidenden Menschen, dem für die Leistungen zu seiner Betreuung ein persönliches Budget bewilligt ist (hier: versicherungspflichtige Beschäftigung).

Die Berufung des Klägers gegen das Urteil des Sozialgerichts Stuttgart vom 25. August 2015 wird zurückgewiesen.

Außergerichtliche Kosten auch des Berufungsverfahrens sind nicht zu erstatten.

Tatbestand:

Zwischen den Beteiligten ist streitig, ob der Kläger aufgrund seiner Tätigkeit für den Beigeladenen ab dem 1. Januar 2010 sozialversicherungspflichtig beschäftigt ist.

Der Beigeladene leidet an einer schweren Muskelerkrankung, in deren Folge er u.a. auf einen Rollstuhl angewiesen ist. Jedenfalls seit dem 1. Januar 2010 gewährt ihm der Sozialhilfeträger jährlich Leistungen zur Teilhabe am Leben in der Gemeinschaft nach §§ 53, 57 Zwölftes Buch Sozialgesetzbuch (SGB XII) in Form eines Persönlichen Budgets nach § 17 Neuntes Buch Sozialgesetzbuch (SGB IX) a.F. (ab 1. Januar 2018 § 29 SGB IX), im Jahr 2012 beispielsweise in Höhe von EUR 10.100,00 monatlich. Aus diesem finanziert er die Sicherstellung der notwendigen Betreuungsleistungen durch sechs Assistenten sowie einen Vertrag über ambulante Versorgung mit einem ambulante Pflege- und Betreuungsleistungen anbietenden, diakonischen Unternehmen (im Folgenden DU), das weitere Assistenten zur Verfügung stellt.

Der 1972 geborene Kläger erbrachte bis Dezember 2009 als Arbeitnehmer des DU Pflege- und Betreuungsleistungen für den Beigeladenen; als Stundenlohn erhielt er ca. EUR 10,00. Nebenberuflich war er in verschiedenen Bereichen selbstständig tätig. Seit dem 1. Januar 2010 wird er als "Rund-um-Pflege"-Assistent unmittelbar für den Beigeladenen tätig. Ein schriftlicher Vertrag hierüber wurde nicht geschlossen. Mündlich vereinbart wurde eine Vergütung in Höhe von EUR 19,00 pro Stunde, die er diesem monatlich in Rechnung stellt. Inhalt der Tätigkeit des Klägers ist die Assistenz in allen Verrichtungen, die der Beigeladene aufgrund seiner Behinderung nicht selbst durchführen kann, so Hilfen bei der Körperpflege, beim An- und Auskleiden, der hauswirtschaftlichen Versorgung einschließlich des Putzens und Kochens, Begleitung zur Arbeit, zu Freunden oder ins Kino/Theater. Der zeitliche Umfang der Tätigkeit des Klägers für den Beigeladenen schwankt im Mittel um etwa 160 Stunden monatlich an zehn bis zwölf Tagen, in einzelnen Monaten werden diese Werte deutlich über- oder auch unterschritten. Die von ihm monatlich in Rechnung gestellten Beträge betragen in der Regel zwischen ca. EUR 2.800,00 und EUR 3.200,00. In Fällen der Krankheit oder des Urlaubs wird keine Vergütung gezahlt. Der Kläger erbringt die Betreuungsleistungen persönlich. Während des Einsatzes wohnt er in einem vom Beigeladenen gestellten Zimmer in dessen Wohnung. Er assistiert daneben einem weiteren Rollstuhlfahrer als Begleitung zu Terminen im Umfange von etwa bis zu zehn Stunden im Monat, erbrachte in einer Wohngruppe Einzelbetreuungen, arbeitete gelegentlich im Einzelhandel und für eine Wohnungseigentümergeinschaft. Daneben war er als Masseur in hierfür angemieteten Räumen tätig.

Am 24. Mai 2012 beantragte der Kläger unter Vorlage u.a. mehrerer Rechnungen bei der Beklagten die Feststellung seines sozialversicherungsrechtlichen Status in seiner Tätigkeit für den Beigeladenen. Er begehrte, ebenso wie der Beigeladene, die Feststellung, dass eine Beschäftigung nicht vorliege. Inhalt der Tätigkeit sei Unterstützung bei der Verrichtung des täglichen Bedarfs (Wechsel der Kleidung, Putzen der Wohnung etc.). Die Art und Weise der Tätigkeit ergebe sich aus dem Betreuungsbedarf des Beigeladenen. Weisungen würden nur bedingt erteilt. Ein fixer Zeitpunkt der Auftragserledigung werde nicht vorgegeben, eher eine Frist zur Auftragserfüllung. Termine zur Auftragserfüllung würden im gegenseitigen Einvernehmen vereinbart. Es bestünden keinerlei feste Termine oder Anwesenheitszeiten, sondern eine völlig freie Zeiteinteilung. Auf ergänzende Anfrage der Beklagten gab er im Schreiben vom 6. Juli 2012

an, über seinen Arbeitseinsatz für den Beigeladenen könne er frei entscheiden. Zur Abdeckung der gesamten Rund-um-die-Uhr-Betreuung sei er in einen Pool von Betreuern eingebettet, die alle mehr oder weniger frei entscheiden könnten, wann und wie viel sie arbeiteten. Selbstverständlich sei es in diesem Rahmen ab und zu nötig, ungeliebte Arbeitsschichten/Termine wahrzunehmen, um die Betreuung als Team gewährleisten zu können. Die hierfür notwendigen Planungen erfolgten ein bis eineinhalb Monate im Voraus. Im Rahmen eines übernommenen Einsatzes habe der Beigeladene jede Möglichkeit, über seine – des Klägers – Arbeitskraft zu verfügen. Dieser sage, wann er Durst habe, wann er – der Kläger – kochen solle, wann aufgestanden werde, wann sie gemeinsam einkaufen gingen oder ob der Kläger dies alleine vornehmen solle. Eine Zusammenarbeit mit anderen Assistenten finde nur bei der Absprache der Arbeitsschichten statt. Eigene Hilfskräfte setze er nicht ein. Ersatzkräfte stelle er nicht. Wenn er die Aufgaben nicht zur Zufriedenheit des Beigeladenen erbringe, arbeite er diese nach. Die Vergütungshöhe sei nicht ausgehandelt worden, sondern ergebe sich aus dem dem Beigeladenen zur Verfügung stehenden Monatsbudget durch den Sozialhilfeträger. Der hieraus heruntergerechnete Stundensatz gelte als gesetzt.

Mit Schreiben vom 6. Juli 2012 bestätigte der Beigeladene auf Anfrage der Beklagten diese Angaben teilweise wortgleich.

Im Rahmen des Anhörungsverfahrens führte der Kläger weiter aus, er sei zu keinem Zeitpunkt verpflichtet, auf Geheiß des Beigeladenen zu arbeiten. So bestimme er Lage und Dauer seines Urlaubs selbst und teile diesen dem Beigeladenen lediglich mit. Als eigene Betriebsmittel setze er für die Tätigkeit bei diesem ein Jahresabonnement für den öffentlichen Nahverkehr, Fahrzeugmiete für die An- und Abreisetage sowie eigene Verpflegungskosten ein. Über die Vergütungshöhe hätten sich der Beigeladene und er auf dem "freien Markt" geeinigt. Dabei habe er sich an marktüblichen Honorarsätzen orientiert, um den Kunden gewinnen und halten zu können. Wie bei allen Geschäften habe das auch etwas mit dem Budget des Auftraggebers zu tun. Selbstverständlich sei die Vergütung bzw. der Abschluss von Folgeverträgen von der Qualität und somit vom "Erfolg" seiner Assistenzleistung abhängig. Bei minderwertiger Arbeit oder Unzuverlässigkeit bestehe die Gefahr, den Auftrag bzw. die Folgeaufträge zu verlieren. Darin, in dem fehlenden Kündigungsschutz und dem kompletten Verdienstausschlag im Krankheitsfall bestehe sein unternehmerisches Risiko. Über seine Arbeitszeit und Tätigkeiten während des Betreuungsverhältnisses könne er frei entscheiden und sei nicht an eine genaue Uhrzeit weisungsgebunden, was die Ausführung der Arbeiten angehe (z.B. Wohnungsputz, Einkaufen, Kochen, Botengänge etc.).

Der Beigeladene gab unter dem 26. Oktober 2012 an, keiner seiner Betreuer sei zu irgendeinem Zeitpunkt verpflichtet, auf sein Geheiß hin zu arbeiten. So habe der Kläger im November gar nicht für ihn gearbeitet, da dieser in dieser Zeit seinen Urlaub nach Lage und Dauer frei und unabhängig gewählt habe. Über die Höhe der Vergütung hätten sie sich auf dem "freien Markt" geeinigt. Wie jeder Auftraggeber verfüge aber auch er nur über ein begrenztes Budget. Selbstverständlich sei die Vergütung bzw. der Abschluss von Folgeverträgen von der Qualität und somit dem Erfolg der Betreuungsleistung abhängig. Ersatzkräfte müsse der Kläger nicht stellen. Hierzu bestehe ein Pflegevertrag mit dem DU. Über die Arbeitszeit und Tätigkeiten des Klägers während des Betreuungsverhältnisses könne er – der Beigeladene – nicht frei entscheiden. Zudem könne er nicht auf eine zeitlich weisungsgebundene Ausführung der Arbeit bestehen, z.B. Wohnungsputz, Einkaufen, Kochen, Botengänge etc. Das Gesamtpaket einer Tagesschicht (Küche reinigen) oder Wochenschicht (Wohnungsputz) müsse lediglich zum Ende der Schicht/des Auftrags erledigt sein.

Mit identischen Bescheiden vom 5. November 2012 stellte die Beklagte gegenüber dem Beigeladenen und dem Kläger fest, dass dessen Tätigkeit als häuslicher "Rund-um"-Pfleger für jenen seit dem 1. Januar 2010 im Rahmen eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses ausgeübt werde. In dem Beschäftigungsverhältnis bestehe Versicherungspflicht in der Kranken-, Pflege- und Rentenversicherung sowie nach dem Recht der Arbeitsförderung seit dem 1. Januar 2010. Nach Gesamtwürdigung aller relevanten Tatsachen überwogen die Merkmale für ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis. Maßgebliche Gestaltungsmöglichkeiten hinsichtlich Arbeitszeit, Arbeitsort sowie Art und Weise der Tätigkeit seien nicht vorhanden. Die Ziele, die pflegerischen Arbeitsaufträge sowie der zeitliche Umfang der Hilfe würden vom Beigeladenen vorgegeben. Für eine abhängige Beschäftigung spreche weiter, dass der Kläger nicht werbend am Markt auftrete, für die Auftragsdurchführung kein eigenes Kapital einsetze, die Pflegetätigkeit persönlich ausführe und Ersatzkräfte nicht stellen könne. Auch wenn eine Abrechnung direkt mit dem Beigeladenen erfolge, sei die Vergütung teilweise von Budgetvorgaben des Sozialhilfeträgers abhängig. Vergütet werde nach einem festen Stundensatz. Die Höhe der Vergütung sei nicht vom Erfolg der Pflege abhängig. Der Tätigkeitsort sei vorgegeben. Der Beigeladene stelle ein Zimmer mit Bett etc. zur Verfügung. Bei Annahme des Betreuungsverhältnisses sei der Kläger zeitlich stark eingebunden und habe somit kaum eine Möglichkeit, die Arbeitszeit frei und unabhängig zu gestalten. Wesentliche Merkmale für eine selbstständige Tätigkeit lägen nicht vor. Ein Unternehmerrisiko bestehe nicht. Kosten für die Anfahrt oder die Selbstverpflegung würden grundsätzlich von Arbeitnehmern getragen. Der Feststellung eines Beschäftigungsverhältnisses stehe nicht entgegen, dass die Zahlung einer Vergütung im Urlaubs- oder Krankheitsfall nicht erfolge. Die Versicherungspflicht beginne mit Aufnahme der Beschäftigung, da der Statusfeststellungsantrag nicht innerhalb eines Monats nach Aufnahme des Beschäftigungsverhältnisses gestellt worden sei.

Hiergegen erhoben sowohl der Kläger als auch der Beigeladene am 28. November 2012 Widerspruch. Letzterer führte zur Begründung unter Verweis auf das Urteil des Bundessozialgerichts (BSG) vom 28. September 2011 ([B 12 R 17/09 R](#) - juris) aus, eine abhängige Beschäftigung liege nicht vor. Bei seinen Arbeitsaufträgen an den Kläger handle es sich um solche ohne enge Vorgaben. Vorgegeben seien lediglich die Eckpunkte, nämlich wann der Assistent ihn zu wecken, an den Arbeitsplatz zu bringen, wieder abzuholen und ins Bett zu bringen habe. Die Zeit zwischen diesen Vorgaben – und dies sei der weitaus größere Zeitraum – könne der Kläger frei gestalten. Ein relevantes Weisungsrecht bestehe nicht. Unerheblich sei, dass Beginn und Ende eines Einsatzes sowie ein "grober" Inhalt der Tätigkeit vorgegeben sei. Gleiches gelte für die Stellung eines Aufenthaltsraumes. Der Kläger trage auch ein Unternehmerrisiko. Zwar setze er weniger eigenes Kapital als vielmehr seine Arbeitskraft ein, dies aber mit Verlustrisiko. So trage er das Verdienstausschlagrisiko bei eigener Erkrankung oder Kundeninsolvenz.

Der Kläger verwies zur Begründung seines Widerspruches ebenfalls auf das Urteil des BSG vom 28. September 2011 ([a.a.O.](#)) und führte weiter aus, er sei nicht einer bestimmten Arbeitsorganisation eingeordnet. Die Betreuung sei im Einzelnen nach den individuellen Erfordernissen ausgestaltet. Er unterliege keinerlei Weisungsgebundenheit und trage im Umfang seiner qualitativen und quantitativen Möglichkeiten vollumfänglich eigenes Unternehmerrisiko (z.B. Verlustrisiko bei Kundeninsolvenz, eigene Arbeitskraft, Vergütungsverhandlung nach Aufwandskalkulation etc.) und schreibe wie ein Unternehmer nach Abschluss seines Einsatzes Rechnungen. Aufträge könnten ohne Begründung vorzeitig abgebrochen oder auch verlängert werden. Eine ständige Dienstbereitschaft sei nicht erwartet. Einsätze gegen seinen Willen seien nicht, auch nicht in zeitlichem Umfang, möglich und könnten entsprechend der eigenen Bedürfnisse sehr weitreichend selbst gesteuert werden.

Mit identischen Widerspruchsbescheiden vom 19. August 2013 wies die Widerspruchsstelle der Beklagten die Widersprüche aus den

Gründen des Ausgangsbescheides als unbegründet zurück. Ergänzend führte sie aus, der Kläger könne zwar frei entscheiden, ob er Aufträge annehme oder ablehne; bei Annahme erfolge jedoch eine Eingliederung in die Arbeitsorganisation des Weisungsgebers. Der zeitliche Rahmen der Tätigkeit sei derart hinreichend eingegrenzt, dass er als bestimmter zeitlicher Rahmen im Sinne der Rechtsprechung zur persönlichen Abhängigkeit eines Arbeitnehmers zu qualifizieren sei. Der Kläger entscheide lediglich, ob es zu einem Vertragsschluss komme. Im Rahmen des Statusfeststellungsverfahrens werde hingegen erst die Tätigkeit beurteilt, wenn ein Vertrag zustande gekommen sei. Die Möglichkeit der Ablehnung eines Auftrags sei daher für die sozialversicherungsrechtliche Beurteilung irrelevant.

Hiergegen erhob der Kläger am 29. August 2013 Klage beim Sozialgericht Stuttgart (SG) und führte zur Begründung über sein bisheriges Vorbringen hinaus aus, vor Beginn seiner Tätigkeit für den Beigeladenen habe er gemeinsam mit seiner Steuerberaterin, ausgehend von seinem bisherigen Verdienst und unter Berücksichtigung eines Puffers für verdienstlose Zeiten wegen Krankheit oder Urlaub, kalkuliert, dass er einen persönlichen Stundenlohn von EUR 19,00 verlangen müsse. Vier bis sechs Wochen im Voraus werde der Monatsplan für die Betreuung des Beigeladenen erstellt, damit er auch seine übrigen Tätigkeiten noch einkalkulieren könne. Für den Beigeladenen arbeite er in der Regel pro Monat zwei Wochenschichten jeweils Montag bis Freitag mit einer Pause von einer Woche dazwischen. Dies sei allerdings nicht fest. Wenn er mal einen Tag für ein anderes Projekt arbeiten wolle, könne er das sagen und arbeite dann nicht für den Beigeladenen, da er wisse, dass dieser einen großen Pool an Assistenten habe, aus dem immer jemand einspringen könne. Wenn er einen Auftrag beim Beigeladenen angenommen habe, finde die Übergabe einer Schicht meistens um 7:00 Uhr morgens statt. Dann sei er quasi die Assistenz für diesen, was die Mechanik angehe, und ersetze dessen körperliches Defizit. Während seiner Schicht sollte er möglichst immer für den Beigeladenen zur Verfügung stehen, also innerhalb von ca. 20 Minuten da sein, wenn dieser ihn brauche. Bei Begleitung ins Kino oder zu Freunden müsse er nicht die ganze Zeit dabei sein, sondern könne auch weggehen und etwas Anderes machen. Wichtig sei nur, dass der Beigeladene ihn erreichen könne und er komme, wenn er benötigt werde.

Die Beklagte trat der Klage unter Verweis auf die Ausführungen in den angefochtenen Bescheiden entgegen.

Der durch Beschluss vom 4. April 2014 Beigeladene stellte keinen Antrag und wiederholte sein bisheriges Vorbringen. Ergänzend gab er an, auf die Forderung des Klägers nach einem Stundensatz von EUR 19,00 habe er durchgerechnet, ob dies mit dem bewilligten Budget "so passe" und schließlich zugestimmt. Er erstelle in der Regel die Planung seiner Assistenz für einen kompletten Monat vier bis sechs Wochen im Voraus in Wochenblöcken (Montag bis Freitag, Freitag bis Montag). Dabei frage er zunächst den Kläger an, ob und wann dieser im betreffenden Monat Zeit habe, und trage ihn entsprechend in seinen Plan ein. Danach folgten entsprechend die weiteren Assistenten. Von den Blöcken werde gegebenenfalls bei Bedarf abgewichen. Bei Lücken oder Absagen könne er auf das DU zurückgreifen.

Mit Urteil vom 25. August 2015 wies das SG die Klage ab und führte zur Begründung im Wesentlichen aus, die Beklagte habe die Sozialversicherungspflicht zu Recht festgestellt, da die für eine abhängige Beschäftigung sprechenden Merkmale überwögen. Der Kläger sei bei der Ausübung seiner Assistenz Tätigkeit organisatorisch und zeitlich in den Haushalt bzw. den Tagesablauf des Beigeladenen eingliedert und unterliege dessen Weisungsrecht. Die Assistenz sei immer in unmittelbarer Nähe des Beigeladenen zu erbringen, wodurch eine verbindliche örtliche Festlegung der geschuldeten Leistung gegeben sei. Dem Kläger sei es außerdem nicht möglich, nach eigenem Dafürhalten über seine Arbeitszeit zu verfügen, sobald er einen Auftrag angenommen habe. Die geschuldete Assistenz habe er viel mehr rund um die Uhr zu erbringen, dem Beigeladenen jederzeit zur Verfügung zu stehen. Auch hinsichtlich der inhaltlichen Ausgestaltung der Assistenz unterliege er dessen Weisungen. Da seine Hauptaufgabe sei, das körperliche Defizit des Beigeladenen auszugleichen und ihm bei alledem zu assistieren, was diesem aufgrund seiner Behinderung nicht möglich sei, seien dezidierte Absprachen zwischen ihm und dem Beigeladenen zu treffen, die den eigenen Entscheidungsspielraum des Klägers verengten und im Ergebnis für das Vorliegen einer abhängigen Beschäftigung sprächen. Zwar habe der Kläger ausgeführt, er unterliege bei der Ausübung einzelner Tätigkeiten (z.B. Zubereitung des Essens, Putzen der Wohnung, Waschen der Wäsche) keinerlei Weisungsrecht des Beigeladenen und könne sich frei einteilen, wann er was erledige. Dies ändere jedoch nichts daran, dass er dessen Vorgaben jederzeit Folge zu leisten habe, auch wenn ihm diesbezüglich eine gewisse Flexibilität zugebilligt werde. Dass er z.B. bei der Freizeitgestaltung auf Vorlieben oder Abneigungen des Klägers Rücksicht nehme, z.B. nicht auf dessen Begleitung in eine Disco bestehe, ändere nichts an der gleichwohl bestehenden Rechtsmacht des Beigeladenen, diesem detailliert vorgeben zu können, was er wann zu tun habe. Ob diese Rechtsmacht tatsächlich ausgeübt werde, sei nicht maßgeblich. Für eine abhängige Beschäftigung sprächen des Weiteren die persönliche Leistungserbringung und die Vergütung der Betreuungsstunden. Angesichts der ursprünglich ausdrücklich abweichenden Angaben, vermöge die erst im Klageverfahren erhobene Behauptung, die Höhe der Vergütung sei kalkuliert und ausgehandelt worden, nicht zu überzeugen. Der Kläger trage kein ins Gewicht fallendes Unternehmerrisiko. Die für eine selbständige Tätigkeit sprechenden Umstände (eigene Berufshaftpflicht des Klägers, fehlender Vergütungsanspruch im Urlaubs- oder Krankheitsfall) träten hinter die übrigen Umstände zurück. Tätigkeiten für andere Auftraggeber sprächen nicht gegen eine abhängige Beschäftigung.

Gegen dieses ihm am 10. September 2015 zugestellte Urteil hat der Kläger am 18. September 2015 Berufung beim Landessozialgericht (LSG) Baden-Württemberg eingelegt, zu deren Begründung er über sein bisheriges Vorbringen hinaus ausgeführt hat, er habe sich bereits 2005 im Wege einer Ich-AG im Nebenerwerb als Alltagsassistent und Reisebegleiter selbstständig gemacht. Diese Tätigkeit sei im weiteren Verlauf sukzessive um die Tätigkeitsfelder als Masseur, Ernährungsberater und Kreativarbeiter/Kunstausteller erweitert worden. Ab dem 1. Januar 2010 habe er des Weiteren die Assistenz für den Beigeladenen übernommen. Dabei handle es sich nicht um die Tätigkeit eines klassischen "Rund-um"-Pflegers, der schlicht Weisungen entgegennehme und ausführe. Ziel der Assistenzleistung sei die Vermittlung eines neuen Lebensgefühls, das über das eines normalen Alltags hinausreiche. Ein Hilfeplan oder eine Berichtspflicht bestünden nicht. Der – wenn überhaupt – weisungsgebundene Anteil der fachlichen Assistenz Tätigkeit (z.B. Weck- und Schlafenszeit, Bring- und Abholzeiten von der Arbeitsstelle, Toilettengang) betrage nur ca. zwei bis drei Stunden täglich. Auch hier könne er – der Kläger – jedoch Erfahrungen und Anregungen einbringen, z.B. Tipps zu Lagerung, Ankleiden, Körperpflege oder Kleidungsstil. Auch die Essenszubereitung und -wahl obliege ihm weisungsfrei. Für die Freizeitgestaltung sei er verantwortlich; Weisungen würden nicht erteilt. Der zeitliche Einsatzumfang sei der Eigenart der Tätigkeit geschuldet und entspreche keinem zeitlichen Weisungsrecht. Es sei nicht nachvollziehbar, in welchem Umfange das SG ein Vergütungsrisiko aufgrund Erfolgsunabhängigkeit negiere. Die Vergütung sei im Vergleich zu der eines abhängig Beschäftigten deutlich höher; mittlerweile betrage sie EUR 23,80 pro Stunde. Der Tätigkeitsort werde nicht zugewiesen, sondern ergebe sich aus der Eigenart der Tätigkeit. Im Jahr 2015 habe er einmalig für zwei Monate seine Leistungen für den Beigeladenen über eine eigene Ersatzkraft erbracht. Seine Angaben zu den weiteren beruflichen Aktivitäten seien vom SG zu Unrecht nicht beachtet worden. Er sei weiterhin für andere Klienten tätig, verfüge über eine Berufshaftpflicht und sei steuerrechtlich als umsatzsteuerpflichtig angesehen.

Der Kläger beantragt,

das Urteil des Sozialgerichts Stuttgart vom 25. August 2015 sowie den Bescheid der Beklagten vom 5. November 2012 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 19. August 2013 aufzuheben sowie festzustellen, dass er in seiner Tätigkeit für den Beigeladenen seit dem 1. Januar 2010 nicht der Versicherungspflicht in der Kranken-, Pflege- und Rentenversicherung sowie nach dem Recht der Arbeitsförderung unterliegt.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen, hilfsweise die Revision zuzulassen.

Sie hält die angefochtene Entscheidung für zutreffend. Weitere Tätigkeitsfelder des Klägers seien nicht relevant, da Gegenstand des Statusfeststellungsverfahrens nur das jeweilige Vertragsverhältnis sei. Daher könnten auch Investitionen für die weiteren Tätigkeiten kein Unternehmerrisiko für die vorliegend zu beurteilende begründen.

Der Beigeladene hat keinen Antrag gestellt und unter Vertiefung seines bisherigen Vorbringens in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat ausgeführt, das von ihm für die zeitliche Verteilung der Assistenten erstellte Gerüst sei nicht verbindlich. Auch nach Übernahme einer Schicht müsse der Kläger nicht ständig anwesend sein, sondern könne sich auch woanders aufhalten. Er melde sich dann bei diesem, wenn etwas anfele. Es gehe nur um das Erreichbarsein. Es könne auch vorkommen, dass der Kläger die übernommene Schicht früher beende, wenn dieser beispielsweise einen anderen Termin wahrnehmen wolle. Natürlich breche dieser dann nicht sofort ab, so dass er, der Beigeladene, eine andere Assistenz organisieren könne. Andernfalls müsste er das Gespräch mit dem Kläger suchen; auf Dauer könnte er dies nicht akzeptieren und müsste Konsequenzen ziehen.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sachverhalts und des Vorbringens der Beteiligten wird auf den Inhalt der Senatsakte, der Akte des SG und der vorgelegten Verwaltungsakte Bezug genommen.

Entscheidungsgründe:

1. Die gemäß [§ 143 Sozialgerichtsgesetz \(SGG\)](#) statthafte und gemäß [§ 151 Abs. 1 SGG](#) form- und fristgerecht eingelegte Berufung des Klägers ist auch im Übrigen zulässig. Sie bedurfte nicht der Zulassung nach [§ 144 Abs. 1 Satz 1 SGG](#); denn die Klage betrifft weder eine Geld-, Dienst- oder Sachleistung noch einen hierauf gerichteten Verwaltungsakt.
2. Gegenstand des Berufungsverfahrens ist die angefochtene Feststellung der Beklagten, für die Tätigkeit des Klägers für den Beigeladenen in der Zeit ab dem 1. Januar 2010 bestehe aufgrund abhängiger Beschäftigung Versicherungspflicht in der Kranken-, Pflege-Rentenversicherung sowie nach dem Recht der Arbeitsförderung. Streitbefangen ist damit der Bescheid vom 5. November 2012 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 19. August 2013.
3. Die Berufung des Klägers ist nicht begründet. Das SG hat die Klage zu Recht abgewiesen. Der Bescheid vom 5. November 2012 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 19. August 2013 ist rechtmäßig und verletzt den Kläger nicht in seinen Rechten. Dieser unterliegt in seiner Tätigkeit für den Beigeladenen seit dem 1. Januar 2010 der Versicherungspflicht in der Kranken-, Pflege- Rentenversicherung sowie nach dem Recht der Arbeitsförderung.

a) Nach [§ 7a Abs. 1 Satz 1](#) Viertes Buch Sozialgesetzbuch (SGB IV) können die Beteiligten schriftlich eine Entscheidung der nach [§ 7a Abs. 1 Satz 3 SGB IV](#) zuständigen Beklagten beantragen, ob eine Beschäftigung vorliegt, es sei denn, die Einzugsstelle oder ein anderer Versicherungsträger hat im Zeitpunkt der Antragstellung bereits ein Verfahren zur Feststellung einer Beschäftigung eingeleitet. Die Beklagte entscheidet aufgrund einer Gesamtwürdigung aller Umstände, ob eine Beschäftigung vorliegt ([§ 7a Abs. 2 SGB IV](#)). Das Verwaltungsverfahren ist in Absätzen 3 bis 5 der Vorschrift geregelt. [§ 7a Abs. 6 SGB IV](#) regelt in Abweichung von den einschlägigen Vorschriften der einzelnen Versicherungszweige und des SGB IV den Eintritt der Versicherungspflicht (Satz 1) und die Fälligkeit des Gesamtsozialversicherungsbeitrags (Satz 2). Mit dem rückwirkend zum 1. Januar 1999 durch das Gesetz zur Förderung der Selbständigkeit vom 20. Dezember 1999 ([BGBl. 2000 I, S. 2](#)) eingeführten Anfrageverfahren soll eine schnelle und unkomplizierte Möglichkeit der Klärung der Statusfrage erreicht werden; zugleich sollen divergierende Entscheidungen verhindert werden ([Bundestags-Drucksache 14/1855, S. 6](#)).

Die Beklagte war für die vom Kläger beantragte Feststellung zuständig, weil für die streitige Zeit ab dem 1. Januar 2010 zum Zeitpunkt der Antragstellung am 24. Mai 2012 kein Verfahren zur Feststellung einer Beschäftigung eingeleitet war.

b) Versicherungspflichtig sind in der Krankenversicherung nach [§ 5 Abs. 1 Nr. 1](#) Fünftes Buch Sozialgesetzbuch (SGB V), in der Rentenversicherung nach [§ 1 Satz 1 Nr. 1 SGB VI](#), in der Arbeitslosenversicherung nach [§ 25 Abs. 1 Satz 1](#) Drittes Buch Sozialgesetzbuch (SGB III) und in der Pflegeversicherung nach [§ 20 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1](#) Elftes Buch Sozialgesetzbuch (SGB XI) gegen Arbeitsentgelt beschäftigte Personen. Beschäftigung ist nach [§ 7 Abs. 1 Satz 1 SGB IV](#) die nichtselbständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis. Gemäß [§ 7 Abs. 1 Satz 2 SGB IV](#) sind Anhaltspunkte für eine Beschäftigung eine Tätigkeit nach Weisungen und eine Eingliederung in die Arbeitsorganisation des Weisungsgebers.

Nach der ständigen Rechtsprechung des BSG 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 – vornehmlich bei Diensten höherer Art – eingeschränkt und zur "funktionsgerecht dienenden Teilhabe am Arbeitsprozess" verfeinert sein. Demgegenüber ist eine selbständige Tätigkeit vornehmlich durch das eigene Unternehmerrisiko, das Vorhandensein einer eigenen Betriebsstätte, die Verfügungsmöglichkeit über die eigene Arbeitskraft sowie die im Wesentlichen frei gestaltete Tätigkeit und Arbeitszeit gekennzeichnet. Ob jemand abhängig beschäftigt oder selbständig tätig ist, hängt davon ab, welche Merkmale überwiegen (zum Ganzen z.B. BSG, Urteil vom 29. August 2012 – [B 12 KR 25/10 R](#) – juris, Rn. 15; BSG, Urteil vom 30. April 2013 – [B 12 KR 19/11 R](#) – juris, Rn. 13; BSG, Urteil vom 30. Oktober 2013 – [B 12 KR 17/11 R](#) – juris, Rn. 23 –, BSG, Urteil vom 30. März 2015 – [B 12 KR 17/13 R](#) – juris, Rn. 15 – jeweils

m.w.N.; zur Verfassungsmäßigkeit der anhand dieser Kriterien häufig schwierigen Abgrenzung zwischen abhängiger Beschäftigung und selbständiger Tätigkeit: Bundesverfassungsgericht [BVerfG], Nichtannahmebeschluss der 2. Kammer des Ersten Senats vom 20. Mai 1996 – [1 BvR 21/96](#) – juris, Rn. 6 ff.). Maßgebend ist das Gesamtbild der Arbeitsleistung (zum Ganzen z.B. BSG, Urteil vom 24. Januar 2007 – [B 12 KR 31/06 R](#) – juris, Rn. 15; BSG, Urteil vom 29. August 2012 – [B 12 KR 25/10 R](#) – juris, Rn. 15 f.; BSG, Urteil vom 30. Oktober 2013 – [B 12 KR 17/11 R](#) – juris, Rn. 23 ff. – jeweils m.w.N.).

Das Gesamtbild bestimmt sich nach den tatsächlichen Verhältnissen. Tatsächliche Verhältnisse in diesem Sinne sind die rechtlich relevanten Umstände, die im Einzelfall eine wertende Zuordnung zum Typus der abhängigen Beschäftigung erlauben. Ob eine abhängige Beschäftigung vorliegt, ergibt sich aus dem Vertragsverhältnis der Beteiligten, so wie es im Rahmen des rechtlich Zulässigen tatsächlich vollzogen worden ist. Ausgangspunkt ist daher zunächst das Vertragsverhältnis der Beteiligten, so wie es sich aus den von ihnen getroffenen Vereinbarungen ergibt oder sich aus ihrer gelebten Beziehung erschließen lässt. Eine im Widerspruch zu ursprünglich getroffenen Vereinbarungen stehende tatsächliche Beziehung und die sich hieraus ergebende Schlussfolgerung auf die tatsächlich gewollte Natur der Rechtsbeziehung geht der nur formellen Vereinbarung vor, soweit eine – formlose – Abbedingung rechtlich möglich ist. Umgekehrt gilt, dass die Nichtausübung eines Rechts unbeachtlich ist, solange diese Rechtsposition nicht wirksam abbedungen ist. Zu den tatsächlichen Verhältnissen in diesem Sinne gehört daher unabhängig von ihrer Ausübung auch die einem Beteiligten zustehende Rechtsmacht (BSG, Urteil vom 8. Dezember 1994 – [11 RAr 49/94](#) – juris, Rn. 20). In diesem Sinne gilt, dass die tatsächlichen Verhältnisse den Ausschlag geben, wenn sie von den Vereinbarungen abweichen (BSG, Urteil vom 1. Dezember 1977 – [12/3/12 RK 39/74](#) – juris, Rn. 16; BSG, Urteil vom 4. Juni 1998 – [B 12 KR 5/97 R](#) – juris, Rn. 16; BSG, Urteil vom 10. August 2000 – [B 12 KR 21/98 R](#) – juris, Rn. 17 – jeweils m.w.N.). Maßgeblich ist die Rechtsbeziehung so, wie sie praktiziert wird, und die praktizierte Beziehung so, wie sie rechtlich zulässig ist (vgl. hierzu insgesamt BSG, Urteil vom 24. Januar 2007 – [B 12 KR 31/06 R](#) – juris, Rn. 17; BSG, Urteil vom 29. August 2012 – [B 12 KR 25/10 R](#) – juris, Rn. 16).

Für die Statusabgrenzung ist sowohl nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (BAG) als auch des BSG nicht entscheidend, ob der Betreffende auch für andere Auftraggeber tätig ist bzw. war (BAG, Urteil vom 9. Oktober 2002 – [5 AZR 405/01](#) – juris, Rn. 23). Erforderlich ist selbst im Rahmen eines Dauerrechtsverhältnisses stets eine Bewertung der einzelnen Arbeitseinsätze am Maßstab der von der Rechtsprechung für die Abgrenzung zwischen selbständiger Tätigkeit und abhängiger Beschäftigung entwickelten Grundsätze (BSG, Urteil vom 18. November 2015 – [B 12 KR 16/13 R](#) – juris, Rn. 19; BSG, Urteil vom 28. Mai 2008 – [B 12 KR 13/07 R](#) – juris, Rn. 26). Abzustellen ist daher nur auf die Tätigkeit des Klägers für den Beigeladenen (zum Ganzen: z.B. auch Urteile des Senats vom 9. Dezember 2016 – [L 4 R 2528/14](#) – und 27. März 2015 – [L 4 R 5120/13](#) – nicht veröffentlicht).

c) Ausgehend von diesen Grundsätzen ist der Kläger beim Beigeladenen seit dem 1. Januar 2010 abhängig beschäftigt.

aa) Ausgangspunkt für die vorliegende rechtliche Bewertung sind die im Folgenden dargestellten Umstände, die der Senat aufgrund des Gesamthalts des Verfahrens, insbesondere aufgrund der Angaben des Klägers und des Beigeladenen folgende Feststellungen:

Der Kläger erbrachte bis Dezember 2009 als Arbeitnehmer des DU Pflege- und Betreuungsleistungen für den Beigeladenen; als Stundenlohn erhielt er ca. EUR 10,00. Nebenberuflich war er selbständig tätig.

Jedenfalls seit dem 1. Januar 2010 gewährt der Sozialhilfeträger dem Beigeladenen Leistungen zur Teilhabe am Leben in der Gemeinschaft nach [§§ 53, 57 SGB XII](#) in Form eines Persönlichen Budgets nach [§ 17](#) bzw. [§ 29 SGB IX](#), im Jahr 2012 beispielsweise in Höhe von EUR 10.100,00 monatlich. Aus diesem finanziert er die Sicherstellung der notwendigen Betreuungsleistungen durch sechs Assistenten sowie einen Vertrag über ambulante Versorgung mit dem DU, das weitere Assistenten zur Verfügung stellt.

Seit dem 1. Januar 2010 wird der Kläger als "Rund-um-Pflege"-Assistent unmittelbar für diesen tätig. Ein schriftlicher Vertrag hierüber wurde nicht geschlossen. Mündlich vereinbart wurde eine Vergütung in Höhe von EUR 19,00 pro Stunde, die später auf zuletzt EUR 23,80 erhöht wurde und der Kläger dem Beigeladenen monatlich in Rechnung stellt.

Inhalt der Tätigkeit des Klägers ist die Assistenz in allen Verrichtungen, die der Beigeladene aufgrund seiner Behinderung nicht selbst durchführen kann, so Hilfen bei der Körperpflege, beim An- und Auskleiden, der hauswirtschaftlichen Versorgung einschließlich des Putzens und Kochens, Begleitung zur Arbeit, zu Freunden oder ins Kino/Theater. Bei solchen Besuchen ist die ständige Anwesenheit des Klägers nicht gefordert. Er hat aber generell für den Beigeladenen erreichbar zu sein und zu kommen, wenn dieser ihn benötigt. Dies entnimmt der Senat den entsprechenden Angaben des Klägers vor dem SG, denen der Beigeladene nicht widersprochen hat. Vor dem SG hat der Kläger dies nochmals ausdrücklich bestätigt: Während seiner "Schicht" habe er immer für den Beigeladenen zur Verfügung zu stehen, "also innerhalb von circa 20 Minuten da" zu sein. Den genauen Inhalt der jeweils zu erbringenden Leistungen bestimmt der Beigeladene ausgehend von seinem Hilfebedarf. Dabei sind nicht alle Hilfen zeitlich fixiert, teilweise gibt der Beigeladene lediglich Fristen vor, innerhalb derer die jeweilige Verrichtung erbracht werden soll. Er bestimmt auch die Zeiten des Aufstehens, Waschens, Kochens oder Einkaufens. Dies ergibt sich aus den Angaben des Klägers im Verwaltungsverfahren (Anlage zum Statusfeststellungsantrag und Schreiben vom 6. Juli 2012, Bl. 7 und 47 der Verwaltungsakte). Soweit der Kläger dies im späteren Schreiben vom 20. Oktober 2012 teilweise relativierte, wonach er hinsichtlich der Ausführung der Arbeiten nicht "auf eine genaue Uhrzeit weisungsgebunden" sei, also z.B. beim Kochen, Putzen oder Einkaufen, vermag der Senat dies angesichts der früheren Angaben jedenfalls insoweit nicht nachvollziehen, soweit der Beigeladene an diesen Verrichtungen, z.B. Einkaufen, selbst beteiligt ist. Während eines übernommenen Einsatzes hat der Beigeladene jede Möglichkeit, über die Arbeitskraft des Klägers zu verfügen. Dies haben Kläger und Beigeladener übereinstimmend im Verwaltungsverfahren bekundet (Schreiben vom 6. Juli 2012). Bestätigt wird dies durch den Vortrag des Beigeladenen in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat, dass der Kläger zwar nicht ständig anwesend, aber durchgehend erreichbar und abrufbar sein müsse. Wenn er diesen anrufe, müsse dieser kommen. Damit besteht auch bei Abwesenheit eine Rufbereitschaft und damit eine jederzeitige Verfügungsmöglichkeit des Beigeladenen über die Arbeitskraft des Klägers. Dem erst im Berufungsverfahren erfolgten Vorbringen des Klägers, für die Freizeitgestaltung sei er verantwortlich und weisungsfrei, vermag der Senat nicht zu folgen. Es ist nicht überzeugend, dass der Beigeladene sich eine von ihm nicht gewünschte Freizeitgestaltung aufzwingen ließe oder auf eine ihm wichtige verzichten würde. Dies widerspräche auch den abweichenden Angaben im Verwaltungsverfahren (Schreiben vom 6. Juli 2012), wonach es "ein wenig wie bei einem Roboter" sei, da der Kläger "nur die Muskulatur" des Beigeladenen ersetze. Dieser sage, was zu tun sei. Hierzu wurden Beispiele angeführt und klargestellt, dass der "restliche 24-Alltag" entsprechend verlaufe, was die Freizeitgestaltung gerade einschließt. Diesen ursprünglichen, noch nicht verfahrensgeleiteten Angaben misst der Senat größere Bedeutung zu. Aufgrund dessen sowie des Zwecks der Assistenzleistung ist der Senat davon überzeugt,

dass die letztliche Entscheidungsmacht beim Beigeladenen liegt. Nichts anderes ergibt sich aus dem Vortrag des Beigeladenen in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat, es komme gelegentlich vor, dass der Kläger die übernommene Schicht früher beende, wenn dieser beispielsweise einen anderen Termin wahrnehmen wolle. Denn der Beigeladene hat darüber hinaus klargestellt, dass ein sofortiger Abbruch auch dann nicht sofort erfolge, sondern erst, wenn er eine andere Assistenz organisieren könne. Andernfalls müsste er das Gespräch mit dem Kläger suchen; auf Dauer könnte er dies nicht akzeptieren und müsste Konsequenzen ziehen. Dies zeigt, dass der Beigeladene tatsächlich auch insoweit die Verfügungsmöglichkeit über die Arbeitskraft des Klägers beansprucht und nur in Einzelfällen einvernehmlich auf dessen Belange Rücksicht nimmt. Bei Unzufriedenheit des Beigeladenen bessert der Kläger auf dessen Aufforderung nach.

Der Kläger übernimmt die Assistenzdienste gewöhnlich in zwei Wochenblöcken (Montag bis Freitag) monatlich. Der Beigeladene erstellt in der Regel die Planung seiner Assistenz für einen kompletten Monat vier bis sechs Wochen im Voraus in Wochenblöcken (Montag bis Freitag, Freitag bis Montag). Dabei fragt er zunächst den Kläger an, ob und wann dieser im betreffenden Monat Zeit habe, und trägt ihn entsprechend in seinen Plan ein. Danach folgen entsprechend die weiteren Assistenten. Von den Blöcken wird gegebenenfalls bei Bedarf abgewichen. Bei Lücken oder Absagen kann der Beigeladene auf das DU zurückgreifen. Der Kläger ist berechtigt, angetragene Blöcke abzulehnen. In diesem Rahmen teilt er auch Urlaube oder Verhinderungen durch andere Tätigkeiten mit.

Der zeitliche Umfang der Tätigkeit des Klägers für den Beigeladenen schwankt im Mittel um etwa 160 Stunden monatlich an zehn bis zwölf Tagen, kann aber in einzelnen Monaten deutlich darüber oder darunterliegen. Entsprechend bewegen sich die vom Kläger monatlich in Rechnung gestellten Beträge in der Regel zwischen ca. EUR 2.800,00 und EUR 3.200,00. Dies entnimmt der Senat den vorgelegten Rechnungen.

Der Kläger ist zur persönlichen Leistungserbringung verpflichtet. Dies entnimmt der Senat dem Inhalt des mündlich geschlossenen Vertrags. Danach ist Vertragsgegenstand nicht die Erstellung eines vorab umschriebenen Werkes, sondern die Erbringung einer Dienstleistung ("Assistenzdienste"). Die Vereinbarung ist daher dem Typus des Dienstvertrags im Sinne des [§ 611](#) Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) zuzuordnen. Nach [§ 613 Satz 1 BGB](#) hat der zur Dienstleistung Verpflichtete die Dienste im Zweifel in Person zu leisten. Tatsächlich erbringt der Kläger die Leistungen jeweils persönlich, was er gegenüber dem SG bestätigt hat. Dem steht der Vortrag in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat nicht entgegen, der Kläger habe im Jahr 2015 einmalig für zwei Monate eine eigene Ersatzkraft eingesetzt. Dieser letztlich vereinzelt gebliebene, einvernehmliche Einsatz hat die Durchführung des Vertragsverhältnisses jedenfalls bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung vor dem Senat nicht geprägt.

Eigene Betriebsmittel setzt der Kläger für seine Tätigkeit für den Beigeladenen nicht ein.

Er erhält im Krankheitsfall keine Entgeltfortzahlung; bezahlter Urlaub wird nicht gewährt.

Während des Einsatzes wohnt er in einem vom Beigeladenen gestellten Zimmer in dessen Wohnung.

Der Kläger assistiert einem weiteren Rollstuhlfahrer als Begleitung zu Terminen im Umfang von etwa bis zu zehn Stunden im Monat, erbrachte in einer Wohngruppe Einzelbetreuungen, arbeitete gelegentlich im Einzelhandel und für eine Wohnungseigentümergeinschaft. Daneben war als Masseur in hierfür angemieteten Räumen tätig.

bb) Vor dem Hintergrund der getroffenen Feststellungen ist der Senat unter Berücksichtigung der vorliegenden Umstände des Einzelfalles zu der Überzeugung gelangt, dass die Tätigkeit des Klägers für den Beigeladenen im streitbefangenen Zeitraum im Rahmen eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses erfolgt.

(1) Allein die Tätigkeit "rund-um-die-Uhr" an mehreren aufeinanderfolgenden Tagen zwingt auch mit Blick auf arbeitsrechtliche Gesichtspunkte – nicht zur Annahme einer selbständigen Tätigkeit (BSG, Urteil vom 28. September 2011 – [B 12 R 17/09 R](#) – juris, Rn. 17 m.w.N.).

(2) Ein maßgebliches Indiz für eine abhängige Beschäftigung des Klägers beim Beigeladenen ist seine Weisungsgebundenheit in dieser Tätigkeit in zentralen Punkten. Dass der Kläger Aufträge und angetragene "Betreuungsblöcke" ablehnen kann, steht einer Weisungsgebundenheit nicht entgegen. Für die Frage der Versicherungspflicht ist jeweils auf die Verhältnisse abzustellen, die nach Annahme eines einzelnen Angebots während dessen Durchführung bestehen (vgl. BSG, Urteil vom 24. März 2016 – [B 12 KR 20/14](#) juris, Rn. 17). Soweit Kläger und Beigeladener zur Frage der Weisungsgebundenheit auf das Urteil des BSG vom 28. September 2011 ([B 12 R 17/09 R](#) – juris) verweisen, ist zunächst zu beachten, dass sich dieses nicht auf das hier streitbefangene Verhältnis zwischen dem Betreuten/zu Pflegenden und dem Assistenten/der Pflegekraft bezieht, sondern auf das zwischen der Pflegekraft und dem einzelne Pflegeeinsätze vermittelnden Pflegedienst. Nur auf dieses Verhältnis beziehen sich die dortigen Ausführungen, wonach "der hierbei - gerade auch im Hinblick auf die zeitliche Dimension des "Einsatzauftrags" (14-Tage-Einsatz, 24-Stunden-Service) - geforderten Fähigkeit [der Pflegekraft] zur Reaktion auf die - sich gegebenenfalls ständig verändernde - aktuelle Betreuungs- und/oder Pflegesituation zwangsläufig eine Flexibilität im Handeln gegenübersteht, die diesem gerade wegen der Individualität und Einzigartigkeit dieser Situation prinzipiell einen großen Entscheidungsbereich belässt" (BSG, a.a.O., Rn. 19.). Allerdings ergibt sich daraus im Weiteren auch, dass allein aus nur "allgemeinen" Vorgaben auch durch den Betreuten nicht auf eine Weisungsgebundenheit im geforderten Sinne und damit eine persönliche Abhängigkeit der Pflegekraft geschlossen werden kann (BSG, a.a.O., Rn. 19). Die Befugnisse des Beigeladenen beschränken sich jedoch nicht auf allgemeine Vorgaben bei verbleibendem weitem Entscheidungsbereich des Klägers.

Nach den obigen Feststellungen hat der Kläger nach Übernahme eines Betreuungsblocks immer für den Beigeladenen zur Verfügung zu stehen. Während eines übernommenen Einsatzes hat der Beigeladene jede Möglichkeit, über die Arbeitskraft des Klägers zu verfügen. Den genauen Inhalt der jeweils konkret zu erbringenden Leistung, z.B. An- und Auskleiden, Zureichen von bestimmten Gegenständen, Körperpflege, Begleitung etc., bestimmt der Beigeladene ausgehend von seinem Hilfebedarf. Dabei fixiert er einzelne Hilfeleistungen teilweise zeitlich genau, z.B. Aufstehen, Begleitung zur Arbeit, Zubettgehen. Für andere Hilfen gibt er zwar lediglich Fristen vor; auch dabei handelt es sich aber um Weisungen in zeitlicher Hinsicht. Soweit Verrichtungen ohne zeitliche Fixierung ausgeführt werden können, ist der Kläger jedenfalls insoweit eingeschränkt, als er diese nicht vornehmen kann, wenn der Beigeladene ihn anderweitig braucht und entsprechend anweist. Die Tätigkeit des Klägers erfolgt in einem vom Beigeladenen vorgegebenen Tagesablauf. Bei Besuchen bei Freunden

oder des Kinos/Theaters ist zwar nicht die ständige Anwesenheit des Klägers gefordert. Er hat aber generell für den Beigeladenen erreichbar zu sein und zu kommen, wenn dieser ihn benötigt. Es kommt auch nicht maßgeblich darauf an, ob der Beigeladene hinsichtlich der Freizeitgestaltung Anregungen, Vorschlägen oder Vorbereitungen grundsätzlich folgt und auch Rücksichten auf dessen Abneigungen nimmt. Entscheidend ist, ob er diesem im Konfliktfalle bindende Vorgaben machen könnte. Dies ist nach den oben getroffenen Feststellungen gerade der Fall. Durch diese Konkretisierungen der Leistungspflichten bestimmt der Beigeladene auch jeweils den Ort der Leistungserbringung. Diese findet überwiegend, aber nicht ausschließlich in dessen Wohnung statt. Gerade bei der Begleitung zum Arbeitsplatz, zu anderen Terminen oder beim Einkaufen bestimmt der Beigeladene einen abweichenden Arbeitsort. Dass dieser auch die Art der Ausübung der Leistung bestimmt, zeigt sich u.a. daran, dass der Kläger bei Unzufriedenheit des Beigeladenen auf dessen Aufforderung nachbessert. Ein weiterer Entscheidungsbereich verbleibt dem Kläger mithin nicht.

Für eine abhängige Beschäftigung sprechen auch die Verpflichtung zur persönlichen Leistungserbringung und die fehlende Verpflichtung, im Falle eigener Verhinderung eine Ersatzkraft zu stellen. Die Kompensation des Ausfalls lag letztlich beim Beigeladenen.

Der Kläger trägt im Rahmen seiner Tätigkeit beim Beigeladenen kein nennenswertes, das Gesamtbild der Arbeitsleistung prägendes Unternehmerrisiko, was im Rahmen der Würdigung des Gesamtbildes zu beachten ist (BSG, Beschluss vom 16. Oktober 2010 – [B 12 KR 100/09 B](#) – juris, Rn. 10; ständige Rechtsprechung des Senats, z.B. Urteil vom 8. Juli 2016 – [L 4 R 4979/15](#) – juris, Rn. 46). Maßgebliches Kriterium für ein solches Risiko eines Selbständigen ist, ob eigenes Kapital oder die eigene Arbeitskraft auch mit der Gefahr des Verlustes eingesetzt wird, der Erfolg des Einsatzes der tatsächlichen und sächlichen Mittel also ungewiss ist (vgl. z.B. BSG, Urteil vom 28. Mai 2008 – [B 12 KR 13/07 R](#) – juris). Aus dem (allgemeinen) Risiko, außerhalb der Erledigung einzelner Aufträge zeitweise die eigene Arbeitskraft gegebenenfalls nicht verwerten zu können, folgt kein Unternehmerrisiko bezüglich der einzelnen Einsätze (BSG, Urteil vom 18. November 2015 – [B 12 KR 16/13 R](#) – juris, Rn. 36). Der Kläger setzte keine eigenen Betriebsmittel ein und trug daher kein diesbezügliches Verlustrisiko. Der Einsatz des eigenen Fahrzeuges zum Aufsuchen des Arbeitsplatzes oder Kosten für eine Fahrkarte des öffentlichen Personenverkehrs sind ebenfalls unbeachtlich, weil auch jeder Arbeitnehmer seinen Arbeitsweg finanzieren muss. Auch wenn man berücksichtigt, dass die reine Assistenz Tätigkeit keine aufwändigen Betriebsmittel erfordert, sondern durch den Einsatz von Arbeitskraft geprägt ist, ergibt sich nichts Anderes. Denn auch seine Arbeitskraft setzt der Kläger nicht mit der Gefahr des Verlustes ein. So erhält er, wie oben festgestellt, eine rein arbeitszeitbezogene, feste Vergütung für jede tatsächlich geleistete Arbeitsstunde. Insoweit führen auch Nachbesserungen bei Beanstandungen durch den Beigeladenen nicht zu Verdiensteinbußen. Das Risiko, nicht durchgehend arbeiten zu können, stellt kein Unternehmerrisiko dar, sondern eines, das auch jeden Arbeitnehmer trifft, der nur Zeitverträge bekommt oder auf Abruf arbeitet und nach Stunden bezahlt oder unständig Beschäftigter ist (vgl. Senatsurteile vom 23. Januar 2004 – [L 4 KR 3083/02](#) – juris, Rn. 20 und 27. März 2015 – [L 4 R 5120/13](#) n.v.). Es muss deshalb ein Wagnis bestehen, das über dasjenige hinausgeht, kein Entgelt zu erzielen. Zum echten Unternehmerrisiko wird dieses Risiko deshalb regelmäßig erst, wenn bei Arbeitsmangel nicht nur kein Einkommen oder Entgelt aus Arbeit erzielt wird, sondern zusätzlich auch Kosten für betriebliche Investitionen und/oder Arbeitnehmer anfallen oder früher getätigte Investitionen brachliegen (Senatsurteil vom 23. Januar 2004 – [L 4 KR 3083/02](#) – und 27. März 2015 – [L 4 R 5120/13](#) – a.a.O.; LSG Nordrhein-Westfalen, Urteil vom 10. Dezember 2009 – [L 16 R 5/08](#) – juris, Rn. 38). Dies war hier – wie ausgeführt – nicht der Fall. Das Risiko einer "Kundeninsolvenz" unterscheidet sich vorliegend nicht von dem allgemeinen Risiko eines Arbeitnehmers (anders bei Weitergabe des Kundeninsolvenzrisikos durch den Auftraggeber im "Dreiecksverhältnis" vgl. BSG, Urteil vom 28. September 2011 – [B 12 R 17/09 R](#) – juris, Rn. 26).

Nicht als Ausdruck der Eingliederung in eine fremdbestimmte Betriebsorganisation wertet der Senat, dass der Kläger während des Einsatzes in einem vom Beigeladenen gestellten Zimmer wohnte. Dies ergibt sich vielmehr aus der Eigenart einer Rund-um-die-Uhr-Assistenz.

(3) Die Abrechnung durch Rechnungsstellung spricht für eine selbständige Tätigkeit, ebenso das Fehlen arbeitnehmertypischer Ansprüche auf Urlaub und Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall (vgl. BSG, Urteil vom 12. Februar 2004 [B 12 KR 26/02 R](#) – juris, Rn. 25 f.). Zugunsten des Klägers geht der Senat aufgrund des späteren, mit dem des Beigeladenen übereinstimmenden Vortrags davon aus, dass die Höhe des Stundensatzes zwischen diesen beiden Beteiligten ausgehandelt worden ist. Dass dabei das vom Sozialhilfeträger gewährte Persönliche Budget begrenzend wirkt, steht der Indizwirkung für eine selbständige Tätigkeit nicht entgegen. Weiteres Indiz für eine selbständige Tätigkeit kann die Höhe des vereinbarten Stundensatzes sein. Dieser liegt mit früher EUR 19,00, nun EUR 23,80 deutlich über den Stundensätzen von ca. EUR 10,00, die der Kläger als festangestellte Pflegekraft beim DU erhielt (vgl. zur Indizwirkung höherer Vergütungssätze gegenüber sozialversicherungspflichtig Beschäftigten BSG, Urteil vom 31. März 2017 – [B 12 R 7/15 R](#) – juris, Rn. 50).

Kein entscheidendes Indiz für eine selbständige Tätigkeit ist demgegenüber, ob der Kläger werbend am Markt auftritt und für andere Auftraggeber tätig wird. Denn abzustellen ist allein auf die Tätigkeit des Klägers für den Beigeladenen.

(4) In der Gesamtabwägung können die für eine Selbständigkeit sprechenden Aspekte aber den aufgrund der in wesentlichen Punkten bestehenden Weisungsabhängigkeit des Klägers bestehenden überwiegenden Eindruck einer abhängigen Beschäftigung nicht durchgreifend erschüttern. Der Höhe des vereinbarten Stundensatzes kommt im Ergebnis keine ausschlaggebende Bedeutung zu. Zunächst ist der Vergleich mit Stundensätzen anderer Auftraggeber (hier der DU) für das vorliegend streitbefangene Verhältnis zum Beigeladenen nicht aussagekräftig. Des Weiteren kann die Vergütungshöhe nur eines von unter Umständen vielen in der Gesamtwürdigung zu berücksichtigenden Indizien sein (BSG, Urteil vom 31. März 2017 – [B 12 R 7/15 R](#) – juris, Rn. 50) und bei der Abwägung jedenfalls ein – wie hier – bestehendes Weisungsrecht nicht übertreffen. Gleiches gilt für das Fehlen arbeitnehmertypischer Ansprüche auf Urlaub und Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall und die Vergütung nach Rechnungsstellung. Solche Vertragsgestaltungen sind konsequent, wenn beide Seiten eine selbständige freie Mitarbeit wollen (etwa Beschluss des Senats vom 20. August 2015 – [L 4 R 861/13](#) – juris, Rn. 67 m.w.N.). Dem kann keine entscheidende Bedeutung zukommen, wenn wie hier die für die sozialversicherungsrechtliche Beurteilung maßgeblichen Kriterien, insbesondere die Weisungsabhängigkeit bereits zur Annahme einer abhängigen Beschäftigung führen.

d) Eine geringfügige Beschäftigung, die nach [§ 27 Abs. 2 SGB III](#), [§ 7 Abs. 1 SGB V](#), [§ 20 Abs. 1 Satz 1 SGB XI](#) und [§ 5 Abs. 2 SGB VI](#) zur Versicherungsfreiheit des Beschäftigten führen kann, lag und liegt beim Kläger in der für den Beigeladenen ausgeübten Tätigkeit nicht vor.

Nach [§ 8 Abs. 1 SGB IV](#) in der zu Beginn des streitigen Zeitraums geltenden Fassung der Bekanntmachung der Neufassung des Vierten Buches Sozialgesetzbuch vom 12. November 2009 ([BGBl. I, S. 3710](#)) liegt eine geringfügige Beschäftigung vor, wenn (1.) das Arbeitsentgelt aus dieser Beschäftigung regelmäßig im Monat EUR 400,00 nicht übersteigt, (2.) die Beschäftigung innerhalb eines Kalenderjahres auf

längstens zwei Monate oder 50 Arbeitstage nach ihrer Eigenart begrenzt zu sein pflegt oder im Voraus vertraglich begrenzt ist, es sei denn, dass die Beschäftigung berufsmäßig ausgeübt wird und ihr Entgelt EUR 400,00 im Monat übersteigt. Ab dem 1. Januar 2013 ist jeweils ein Betrag von EUR 450,00 maßgeblich ([§ 8 Abs. 1 SGB IV](#) in der Fassung des Art. 1 Nr. 2 des Gesetzes zu Änderungen im Bereich der geringfügigen Beschäftigung vom 5. Dezember 2012, [BGBl. I S. 2474](#)).

Nach den vorliegenden Rechnungen lag der jeweils berechnete Betrag in jedem Monat der Tätigkeit des Klägers für den Beigeladenen über EUR 450,00. Dass insoweit relevante Änderungen eingetreten wären, ist nicht ersichtlich und wird auch von keinem der Beteiligten vorgetragen. Eine Begrenzung der Beschäftigung auf längstens zwei Monate oder 50 Arbeitstage innerhalb eines Kalenderjahres war nicht vertraglich vereinbart und ergab sich auch nicht aus ihrer Eigenart.

e) Die Versicherungspflicht beginnt mit der Aufnahme der jeweiligen Beschäftigung. Ein späterer Beginn ergibt sich auch nicht aus [§ 7a Abs. 6 Satz 1 SGB IV](#), da der Statusfeststellungsantrag nicht innerhalb eines Monats nach Aufnahme der Tätigkeit gestellt wurde. Die Tätigkeit für den Beigeladenen nahm der Kläger am 1. Januar 2010 auf, den Statusfeststellungsantrag stellte er erst am 24. April 2012, mithin nicht innerhalb eines Monats.

4. Die Kostenentscheidung beruht auf [§ 193 Abs. 1 Satz 1, Abs. 4 SGG](#) (BSG, Beschluss vom 29. Mai 2006 – [B 2 U 391/05 B](#) – juris, Rn. 18) und berücksichtigt insbesondere, dass der Beigeladene keinen Sachantrag gestellt hat.

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

Rechtskraft

Aus

Login

BWB

Saved

2018-08-01