

## L 5 R 863/12

Land

Freistaat Bayern

Sozialgericht

Bayerisches LSG

Sachgebiet

Rentenversicherung

Abteilung

5

1. Instanz

SG München (FSB)

Aktenzeichen

S 27 R 1600/11

Datum

04.09.2012

2. Instanz

Bayerisches LSG

Aktenzeichen

L 5 R 863/12

Datum

28.05.2013

3. Instanz

Bundessozialgericht

Aktenzeichen

B 12 R 52/13 B

Datum

17.09.2014

Kategorie

Urteil

Leitsätze

Beschäftigungsverhältnis: Bei der Gesamtabwägung der für und gegen eine abhängige Beschäftigung sprechenden Umstände sind in erster Linie maßgeblich die Verhältnisse der Tätigkeit bei der Auftragsdurchführung selbst. Bei der Gewichtung der Abgrenzungskriterien kommt daher dem Tätigkeitsbereich, der Gewinne oder Verluste erwirtschaftet, mehr Bedeutung zu, als den Tätigkeitsfeldern, die dem engeren Wirtschaftsbereich nur zuarbeiten wie zB Akquise, Marketing oder Abrechnungsmodalitäten.

I. Auf die Berufung der Beklagten wird der Gerichtsbescheid des Sozialgerichts München vom 04. September 2012 aufgehoben und die Klage abgewiesen.

II. Außergerichtliche Kosten sind nicht zu erstatten.

III. Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand:

Der Kläger begehrt die Feststellung, dass seine Tätigkeit als Operationspfleger für die Beigeladene zu 1) eine selbständige Tätigkeit ist.

1. Der 1970 in R. geborene Kläger erlernte nach der Mittleren Reife den Beruf eines Betonfacharbeiters, leistete den NVA-Wehrdienst ab und durchlief von 1990 bis 1991 in seinem Geburtsort eine berufsbegleitende Ausbildung zum Krankenpfleger. Von 1992 bis 1995 wurde er in D. zum examinierten Krankenpfleger ausgebildet. In diesem Beruf war er dort bis 1999 tätig. Anschließend arbeitete der Kläger als Krankenpfleger, Fachkrankenpfleger sowie als Praxisanleiter in verschiedenen Kliniken im Großraum B-Stadt, zuletzt bis 31.03.2009 in der W.-Klinik/A-Stadt.

Ab 02.04.2009 übte er die Tätigkeit des OP-Pflegers - neben einer weiteren, hier nicht gegenständlichen Tätigkeit als Pflegerausbilder in Starnberg - als Selbständiger aus. Dabei war er u.a. auch für die Beigeladene zu 1) tätig, die der Klinikträger zweier Plankrankenhäuser in B-Stadt ist. Für diese Tätigkeit veranlagte die Beigeladene zu 2) den Kläger gemäß Antrag vom 09.02.2009 als Unternehmer (Bescheid vom 25.02.2009). Die Beigeladene zu 3) bewilligte dem Kläger gemäß Antrag vom 25.03.2009 einen Gründungszuschuss für die Zeit 24.06.2009 bis 23.09.2010. (Bescheid vom 04.05.2009, Weiterbewilligungsbescheid vom 20.04.2010; vom 01.04. bis 23.06.2009 bestand eine Sperrzeit wegen Arbeitsaufgabe - Bescheid vom 14.04.2009)

2. Am 18.03.2009 beantragte der Kläger bei der Beklagten, seinen sozialversicherungsrechtlichen Status dahingehend festzustellen, dass die OP-Pflegertätigkeit als nicht versicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis zu qualifizieren ist. Er legte dazu u.a. den Rahmenvertrag über freie Mitarbeit mit der Beigeladenen zu 1) vom 30.03.2009 vor und machte geltend, dass er für mehrere Auftraggeber tätig ist und dass er selbst eine Arbeitnehmerin - seine Ehefrau - beschäftigt, die über der Geringfügigkeitsgrenze entlohnt wird. Die Ehefrau des Klägers erledigt gegen ein monatliches Bruttoentgelt vHv 425,00 EUR Büroarbeiten. Nach Anhörung stellte die Beklagte mit Bescheid vom 09.11.2009 fest, dass der Kläger als OP-Pfleger für die Beigeladene zu 1) seit dem 02.04.2009 in einem abhängigen Beschäftigungsverhältnis tätig ist. Der Kläger sei für von der Beigeladenen zu 1) zugewiesene Patienten tätig, er könne sich diese nicht aussuchen. Er werde funktionsgerecht dienend in die Arbeitsorganisation der Beigeladenen zu 1) im jeweiligen OP-Team eingebunden tätig. Die Voraussetzungen für einen späteren Eintritt der Versicherungspflicht verneinte die Beklagte.

Dagegen erhoben der Kläger und die Beigeladene zu 1) Widerspruch. Sie machten geltend, der Kläger sei anders als angestellte OP-Pfleger nicht verpflichtet, seine Dienste nach den Erfordernissen der Klinik zu erbringen, er werde vielmehr nur an Terminen tätig, die er nach seiner eigenen Entscheidung vereinbart habe. Er sei für mehrere weitere Auftraggeber tätig, habe einen vierstelligen Betrag in eigene Arbeitsmittel (OP-Schuhe, Büroausstattung) investiert und übe aufgrund seiner mehr als 20-jährigen Berufserfahrung und seiner Weiterbildungen, welche ihn sogar zum Ausbilder qualifizierten, selbständig die OP-Pflegertätigkeiten aus. Er akquiriere stets auf dem Markt

weitere Auftraggeber, sei für seine eigene Qualifikation und Fortbildung selbst verantwortlich, habe eine eigene Haftpflichtversicherung abgeschlossen und trage ein eigenes Unternehmerrisiko. Er sei bei der Beigeladenen zu 2) als Unternehmer versichert und habe einen Gründungszuschuss der Beigeladenen zu 3) erhalten. Zudem lägen die Voraussetzungen für den späteren Versicherungsbeginn vor, was sich aus vorgelegten Versicherungsbestätigungen ergebe. Auf Anforderung der Beklagten legte der Kläger Abrechnungen seiner Einsätze für die Beigeladene zu 1) vor.

Mit Teilabänderungsbescheid vom 11.05.2010 stellte die Beklagte fest, dass die Versicherungspflicht mit dem dritten Tag nach dem Datum des Bescheides vom 09.11.2009, also zum 12.11.2009, beginnt. Mit weiterem Bescheid vom 05.10.2010 stellte die Beklagte fest, dass der Kläger in seiner Tätigkeit bei der Beigeladenen zu 2) versicherungspflichtig in der Krankenversicherung, Pflegeversicherung, Rentenversicherung sowie in der Arbeitslosenversicherung ist. Mit Widerspruchsbescheid vom 19.05.2011 schließlich wies die Beklagte den Widerspruch des Klägers und der Beigeladenen zu 1) im Übrigen zurück. Der Kläger sei versicherungspflichtig in einem Beschäftigungsverhältnis tätig, weil er dem Weisungsrecht des Arbeitgebers in Bezug auf Ort, Art und Weise der Tätigkeit in Ausführung der einzelnen Aufträge der Beigeladenen zu 1) unterliege. Er trage kein wesentliches Unternehmerrisiko, weil er durch die Stundenvergütung die Vergütung für abgeleitete Arbeitstätigkeiten erhalte. Er führe die gleichen Aufgaben aus wie festangestellte Mitarbeiter.

3. Dagegen hat der Kläger Klage zum Sozialgericht München erhoben mit dem Ziel, eine selbständige Tätigkeit festzustellen. Er hat dazu im Wesentlichen in erneuter Vorbringung seiner Ausführungen im Widerspruchsverfahren geltend gemacht, eigene Arbeitsmittel zu verwenden, nicht an Weisungen gebunden zu sein, aufgrund seiner hohen Qualifikation selbständig in der OP tätig zu sein, mehrere Auftraggeber zu haben und sich selbst als Unternehmer umfassend abgesichert zu haben. Eine zeitlich später erhobene Klage der Beigeladenen zu 1) hat das Sozialgericht zum Verfahren des Klägers hinzuverbunden (diese ist am 28.05.2013 für erledigt erklärt worden).

Mit Gerichtsbescheid vom 04.09.2012 hat das Sozialgericht die Entscheidung der Beklagten aufgehoben und festgestellt, dass die Tätigkeit des Klägers als Operationspfleger nicht im Rahmen eines Beschäftigungsverhältnisses ausgeübt werde. Zur Begründung hat das Sozialgericht im Wesentlichen ausgeführt, in Abwägung der für und gegen eine Beschäftigung sprechenden Kriterien ergebe sich ein Übergewicht der für Selbständigkeit sprechenden Anhaltspunkte. Der Kläger könne nach der Wertung des Gesetzgebers in Anlehnung an die Rentenversicherungspflicht selbständiger Pflegekräfte selbständig tätig sein. Er sei dies auch, weil er den Weg in die Selbständigkeit konsequent durchdacht, geplant und durchschritten habe. Er sei nicht in die Arbeitsorganisation der Beigeladenen zu 1) eingebunden, insbesondere sei er nicht in die Klinikdienstpläne eingeteilt und könne nicht zu Sonderdiensten herangezogen werden. Vorgaben zu Ort und Zeit der jeweiligen Operationen seien systemimmanent und als Abgrenzungskriterium ungeeignet. Der Kläger setze eigene Arbeitsmittel ein und sei auf dem Markt tätig. Steuerrechtlich sei er als Freiberufler anerkannt.

4. Dagegen hat die Beklagte Berufung eingelegt und diese im Wesentlichen damit begründet, bereits nach dem Rahmenvertrag sei der Kläger in die betrieblichen Abläufe der Beigeladenen zu 1) eingebunden gewesen. Die Tätigkeit während der Operation sei ein Ausdruck einer funktionsgerecht dienenden Teilhabe eines Fachkrankenpflegers, dessen Handreichungen jeweils von dem konkreten Vorgehen des operierenden Arztes und von dem Verlauf der Operation abhängig seien. Gegenüber den Patienten sei der Kläger nicht als Leistungserbringer aufgetreten und sei dazu auch nicht berechtigt. Zudem sei er auf die Räumlichkeiten und Geräte der Beigeladenen zu 1) angewiesen tätig.

Die Beigeladene zu 1) und der Kläger haben demgegenüber betont, dass deutliche Unterschiede zwischen dem Tätigwerden des Klägers und angestellten OP-Pflegern bestünden. Der Kläger sei nicht in die speziellen Weisungsgefüge der Klinik eingebunden, sondern werde nur zu den einzelvereinbarten Zeiten tätig. Er dürfe nicht wie andere Pfleger zu anderen Tätigkeiten herangezogen werden. Ein Stundennachweis sei nicht erforderlich. Der Kläger sei auf dem Markt werbend tätig und sei für andere Auftraggeber tätig. Zudem hätten die Beigeladene zu 2) und die Beigeladene zu 3) anerkannt, dass der Kläger selbständige Tätigkeiten ausübe. Hilfsweise müsse der Eintritt der späteren Versicherungspflicht erst mit dem Bescheid in Kraft treten, der rechtmäßig entsprechend der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts zur Elementenfeststellung ergangen sei, also zum 08.10.2010.

Die Beklagte beantragt,  
den Gerichtsbescheid des Sozialgerichts München vom 04.09.2012 aufzuheben und die Klage abzuweisen.

Der Kläger beantragt,  
die Berufung zurückzuweisen, hilfsweise den Beginn der Versicherungspflicht auf den 08.10.2010 zu bestimmen.

Die Beigeladene zu 3) beantragt,  
die Berufung zurückzuweisen, hilfsweise den Beginn der Versicherungspflicht auf den 08.10.2010 zu bestimmen.

Beigezogen und Gegenstand der mündlichen Verhandlung waren die Verwaltungsakten der Beklagten, der Beigeladenen zu 2) und der Beigeladenen zu 3). Darauf sowie auf die Gerichtsakten beider Rechtszüge wird zur Ergänzung des Tatbestandes Bezug genommen.

Entscheidungsgründe:

Die form- und fristgerecht eingelegte Berufung ist zulässig (§§ 151, 153 Sozialgerichtsgesetz - SGG -) und auch begründet. Zu Unrecht hat das Sozialgericht im gegenständlichen Gerichtsbescheid vom 04.09.2012 die Entscheidung der Beklagten aufgehoben und eine selbständige Pflegertätigkeit des Klägers für die Beigeladene zu 1) festgestellt. Tatsächlich ist der Kläger bei der Beigeladenen zu 1) abhängig beschäftigt; der Beginn der Versicherungspflicht wurde zutreffend mit dem Teilabhilfebescheid vom 21.01.2011 auf den 12.11.2009 festgesetzt.

1. Rechtsgrundlage der gegenständlichen Entscheidung der Beklagten ist § 7a Sozialgesetzbuch (SGB) IV. Danach entscheidet die Beklagte auf Antrag, ob eine Tätigkeit versicherungspflichtig in einem Beschäftigungsverhältnis ausgeübt wird oder als selbständige Tätigkeit nicht der Sozialversicherungspflicht unterliegt.

Ob gegen Entgelt tätige Personen versicherungspflichtig sind in der Krankenversicherung nach § 5 Abs. 1 Nr. 1 SGB V, in der Rentenversicherung nach § 1 Satz 1 Nr. 1 SGB VI, in der Arbeitslosenversicherung nach § 25 Abs. 1 Satz 1 SGB III und in der Pflegeversicherung nach § 20 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 SGB XI, richtet sich nach § 7 Abs. 1 SGB IV. Danach ist Beschäftigung die nichtselbständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis. Bei einer Tätigkeit in einem fremden Betrieb - wie hier der Kläger in den Operationsbereichen der Beigeladenen zu 1) - ist dies der Fall, wenn der Tätige in den Betrieb eingegliedert ist und dabei einem Zeit, Dauer, Ort und Art der Ausführung umfassenden Weisungsrecht unterliegt. Dies richtet sich nach dem Gesamtbild der Arbeitsleistung und hängt davon ab, welche Merkmale überwiegen (ständige Rechtsprechung, vgl. zuletzt BSG-Urteil vom 25.04.2012 - B 12 KR 24/10 R Rdnr. 16 mwN

- zitiert nach Juris).

Dabei hat der Gesetzgeber das Beschäftigungsverhältnis iSd [§ 7 Abs. 1 SGB IV](#) nicht als tatbestandlich scharf kontrollierten Begriff definiert, sondern sich der Rechtsfigur des Typus bedient; ausgehend vom Normalfall ist die in der sozialen Wirklichkeit idealtypische, d.h. im Normal- oder Durchschnittsfall vorzufindende Beschäftigung (BVerfG Beschluss vom 20.05.1996 - [1 BvR 21/96](#), Rn 7 - zitiert nach JURIS). Insoweit dürfte der Gesetzgeber auch nach dem aus [Art. 20 Abs. 3](#) Grundgesetz (GG) folgenden Bestimmtheitsgebot den Tatbestand der Beschäftigung ohne genau erfassbare Merkmale belassen und die Konkretisierung und Anwendung dieses unbestimmten Rechtsbegriffes als Aufgabe den Verwaltungsbehörden und den Fachgerichten zuzuweisen (zu den verfassungsrechtlichen Anforderungen an unbestimmte Rechtsbegriffe vgl. BVerfG, Urteil vom 17.11.1992 - [1 BvL 8/87](#), Rn 91 mwN - zitiert nach JURIS). Bei dieser Vorgehensweise muss aber gewährleistet sein, dass dem Gebot der Rechtsklarheit und Rechtssicherheit Genüge getan ist und die Betroffenen die Rechtslage erkennen und ihr Verhalten danach einrichten können. Dem trägt eine klare Fallgruppenbildung Rechnung. Demgegenüber dürfen Obersätze nicht wahllos variiert sowie sachgrundlos umformuliert werden. Die Rechtsprechung hat daher erkennbar zu machen, bei welcher Fallgruppe welche Obersätze maßgeblich sind und auf welche es dagegen nicht ankommt (Segebrecht in: jurisPK-SGB IV, 2. Aufl. 2011, [§ 7 Abs. 1 SGB IV](#) - Stand 25.02.2013, Rn 28, 32f).

Bei der so geforderten Typzuordnung sind in erster Linie maßgeblich die Verhältnisse der Tätigkeit bei der Auftragsdurchführung selbst (vgl. BSG, Urteil vom 25.04.2012 - [B 12 KR 24/10 R](#) Rdnr. 22 mit weiteren Nachweisen - zitiert nach Juris; LSG Niedersachsen-Bremen, Urteil vom 19.12.2012 - [L 2 R 26/11](#) Umdruck S. 15). Bei der Gewichtung der Abgrenzungskriterien kommt daher dem Tätigkeitsbereich, der Gewinne oder Verluste erwirtschaftet, mehr Bedeutung zu, als den Tätigkeitsfeldern, die dem engeren Wirtschaftsbereich zuarbeiten wie zB Akquise, Marketing oder Abrechnungsmodalitäten.

Schließlich richtet sich die Typzuordnung nach dem, was rechtlich zulässig ist (BSG Urteil vom 25.01.2006 - [B 12 KR 30/04 R](#) - Rnr. 22 - zitiert nach JURIS; Urteil vom 28.05.2008, Az: [B 12 KR 13/07 R](#) Rnr. 17- zitiert nach [www.sozialgerichtsbarkeit.de](#); Landessozialgericht Essen Urteil vom 10.06.2009 - Az.: [L 16 R 53/08](#) Rn 33 - zitiert nach [www.sozialgerichtsbarkeit.de](#); Bayer. LSG Urteil vom 22.02.2011 - [L 5 KR 204/08](#) Rn 21 - zitiert nach JURIS).

2. In Anwendung dieser Grundsätze auf den hier zu entscheidenden Fall sind nach den eigenen Angaben des Klägers sowie nach den Angaben der Beigeladenen zu 1) und dem gesamten Akteninhalt folgende für eine abhängige Beschäftigung sprechenden Anhaltspunkte festzustellen:

- Der Kläger übte seine jeweilige Tätigkeit als OP-Pfleger bei der Auftragsdurchführung selbst eingegliedert in die Betriebsorganisation und in die Betriebsabläufe der Beigeladenen zu 1) aus. Ihre sachliche und personelle Klinikstruktur und -organisation bestimmte nach den im Rahmen der ärztlichen Therapiefreiheit getroffenen Entscheidungen zwingend für den Kläger, welche Patienten zu welchem Zeitpunkt in welcher Reihenfolge welcher Operation unterzogen wurden.
- Die Tätigkeit als OP-Pfleger hat der Kläger nur bei synchronem Teameinsatz des Operationsteams unter ärztlicher Operationsleitung ausgeübt; es handelte sich dabei um ein fremdgeleitetes, simultan tätiges OP-Team. Sobald die jeweilige Operation nach ärztlicher Einschätzung abgeschlossen war, wurde der nächste zugewiesene Patient behandelt.
- Die Einzelarbeitsschritte führte der Kläger nicht nach einer eigenbestimmten Arbeitsabfolge aus, sondern sie richteten sich nach dem jeweiligen OP-Fortschritt.
- Die Beigeladene zu 1) bestimmte das Operationsteam und stellte die Räumlichkeiten, die anzuwendenden Instrumente und Gerätschaften sowie voll funktionsfähige Operationssäle.
- Die Beigeladene zu 1) war nach den einschlägigen medizinrechtlichen und hygienerechtlichen Vorschriften gegenüber den Patienten verantwortlich dafür, dass die entsprechenden Standards eingehalten wurden.
- Der Kläger erhielt keine nach seiner persönlichen Leistungserbringung kalkulierte Vergütung, sondern seine Leistung wurde durch ein festes Stunden/Tageshonorar bezahlt. Der Kläger erbrachte dabei kein eigenständiges, abgrenzbares Einsatz-/Arbeitsergebnis.
- Der Kläger trug in Bezug auf die operierten Patienten faktisch kein Haftungsrisiko, weil ihm nach den Operationen regelmäßig kein nachprüfbarer Leistungsbereich zuordenbar war, aus dem hätte entnommen werden können, welche Arbeitsschritte der Kläger selbstverantwortlich erbracht hatte.
- Der Kläger hat faktisch die Arbeitsleistungen allein, d.h. höchstpersönlich erbracht.
- In der OP-Pflegertätigkeit bestand kein wesentlicher Unterschied zu den Tätigkeiten des eigenen OP-Pflegerpersonals der Beigeladenen zu 1).

Die ausgeübte Tätigkeit als OP-Pfleger entspricht daher dem Typus des abhängig beschäftigten OP-Pflegers.

In Beachtung des rechtlichen Rahmens ist zusätzlich zu beachten, dass der Kläger gegenüber den Patienten der Beigeladenen zu 3) nicht als eigenständiger Leistungserbringer aufgetreten war; er war auch nicht berechtigt, gegenüber den Regelpatienten, den gesetzlich Krankenversicherten stationäre (vgl. [§§ 108, 109 SGB V](#)) oder ambulante Operationsleistungen (vgl. [§ 115b SGB V](#)) zu erbringen.

Dabei wird nicht übersehen, dass folgende, für eine selbständige Tätigkeit sprechende Anhaltspunkte festzustellen sind:

- Durch seine jahrelange verantwortungsvolle Tätigkeit und durch mehrfache Fortbildung war der Kläger höchstqualifiziert und damit in der Lage, weitgehend eigenverantwortlich und selbständig handelnd in der Operation tätig zu sein.
- Der Kläger bestimmte durch das in den Akten dokumentierte Anfrage- und Einsatzvereinbarungssystem nach seinen Bedürfnissen und Gegebenheiten, wann er für die Beigeladene zu 1) tätig wurde. Es erfolgte keine Fremdeinteilung zu Schicht- und Sonderdiensten.
- Neben der Beigeladenen zu 1) hat der Kläger einen umfassenden Stamm an Auftraggebern aufgebaut in Gestalt an verschiedenen Orten befindlicher Auftraggeber/ Klinikträger.
- Der Kläger betrieb eine umfassende Akquise.
- Der Kläger beschäftigte eigenes Personal in der Form der Ehegattenbeschäftigung über der Geringfügigkeitsgrenze nach [§ 8 SGB IV](#).
- Der Kläger unterhielt ein eigenes Büro.

Dabei ist allerdings zu beachten, dass eine qualifizierte, selbständig und verantwortungsvoll ausgeübte Tätigkeit auch dem Leitbild eines hochqualifizierten Arbeitnehmers entspricht (vgl auch die Wertung, leitende Angestellte gem. [§ 5 Abs. 3, 4 BetrVG](#) als Arbeitnehmer zu sehen). Die hochqualifizierte Tätigkeit des Klägers als höchst erfahrener und fachkundiger OP-Pfleger kann deshalb maßgebliches Kriterium für eine Selbständigkeit nicht sein. Selbständigkeit läge vielmehr nur dann vor, wenn die OP-Pflegertätigkeit der eigenverantwortlichen Einleitung, Planung, Organisation und Durchführung des Klägers unterläge, die sich auch auf die einzelnen Arbeitsschritte und Arbeitsergebnisse bezieht. Eine solche, der Fremdbestimmung entzogene eigenständige Tätigkeit liegt jedoch bei dem Kläger nicht vor. Denn dieser hat nach ärztlicher Einschätzung die jeweiligen Operationen nach fremdbestimmter Reihenfolge zu unterstützen.

Sodann ist festzustellen, dass den für eine Selbständigkeit entsprechenden Kriterien der Akquise und der Büroabrechnung nicht das gleiche Gewicht wie die Ausübung selbst (das Operative Geschäft) zukommt.

Dass der Kläger mehrere Auftraggeber hatte, kann nach offenbar steuerrechtlicher üblicher Praxis dazu geführt haben, dass kein

Dienstverhältnis angenommen wurde. Ob diese Praxis, ein Dienstverhältnis im Sinne von [§ 2 Abs. 1, § 19 Abs. 1 EStG](#), § 1 Abs. 1, 3 LStDV allein bei Vorliegen mehrerer Auftraggeber zu verneinen, mit der Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs zu vereinbaren ist (BFH Urteile vom 14. Juni 1985 - VI R 150-152/82, [BFHE 144, 225](#); vom 23. Oktober 1992 - [VI R 59/91, BStBl II 1993, 303](#); vom 2. Dezember 1998 - [X R 83/96, BStBl II 1999, 534](#)), braucht vorliegend nicht entschieden zu werden. Denn die finanzpraktische Einschätzung einer Tätigkeit als Selbstständige bindet die sozialrechtliche Einschätzung ohnehin nicht (Bayer. LSG Beschluss vom 02.05.2013 - [L 5 R 263/13 B ER](#)). Zwar ist das Tätigwerden für mehrere Auftraggeber ein Indiz für unternehmerische Tätigkeit, für ein Auftreten auf dem Markt. Ihm kommt jedoch nicht das gleiche Gewicht zu, wie den Anhaltspunkten des engeren Wirtschaftsbereichs. Zusätzlich ist zu beachten, dass sich aus den Förderakten der Beigeladenen zu 2) sowie aus den vorgelegten Abrechnungen ergibt, dass der Kläger dann, wenn er tätig war, seine Arbeitskraft vollständig dem Auftraggeber zur Verfügung gestellt hat. So ist z.B. dokumentiert, dass der Kläger am 07., 08., 11., 12. und 13.01.2010 für die Beigeladene zu 1) jeweils ab 7.30 Uhr zwischen 7 und 8 1/2 Stunden tätig war. Vom 18. bis 20. sowie am 22., 25., 26. und 27.01. war der Kläger jeweils ab 7.30 Uhr jeweils von 6 1/2 bis 8,5 Stunden tätig, jeweils ohne Pause. Daraus ist zu schließen, dass der Kläger in dem Moment, da er für die Beigeladene zu 1) oder einen anderen Auftraggeber tätig war, diesem seine Arbeitskraft im Wesentlichen vollständig zur Verfügung gestellt hat.

Im Rahmen der Gesamtabwägung der tatsächlichen Umstände, die für und gegen eine selbstständige Tätigkeit sprechen, ist ein klares Überwiegen der Umstände festzustellen, die für ein abhängiges, versicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis sprechen. Für eine Abweichung von der Typzuordnung zum beschäftigten OP-Pfleger besteht keine Veranlassung. Es ist daher festzustellen, dass der Kläger für die Beigeladene zu 1) als OP-Pfleger abhängig beschäftigt tätig war (vgl. zur abhängigen Beschäftigung einer Operativ- und Anästhesieschwester LSG Niedersachsen-Bremen, Urteil vom 19.12.2012 - [L 2 R 26/11](#) - n.v.; Anlage 2 des Beklagtenchriftsatzes vom 05.03.2013 - BI 121 ff. Berufungsakte).

3. Daran ändert nichts, dass die Beigeladenen zu 3) dem Kläger einen Existenzgründungszuschuss für die Aufnahme einer selbstständigen Tätigkeit als OP-Pfleger bewilligt hat. Weder findet sich im Bescheid vom 04.05.2009 noch im Weiterbewilligungsbescheid vom 20.04.2010 im Tenor eine Feststellung, dass der Kläger für die Beigeladene zu 3) selbstständig tätig ist, noch lässt sich der Bescheidsbegründung eine gleichwertige Feststellung entnehmen. Die Annahme, der Kläger übe eine selbstständige Tätigkeit aus, ist somit den Bescheidsmotiven oder -grundlagen zuzuordnen. Eine eigenständige, zumal über [§ 77 SGG](#) hinausgehende Bindung anderer Versicherungsträgern nach dem SGB nach sich ziehen könnte, findet sich in den Entscheidungen der Beigeladenen zu 3) nicht.

Die fehlende Bindungswirkung der Bewilligung eines Gründungszuschusses entspricht zudem einer grundsätzlichen Wertung des Gesetzgebers. Während der Gesetzgeber durch das Zweite Gesetz für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt (vom 23.12.2002 - [BGBl. I S. 4621](#)) zusammen mit dem Existenzgründungszuschuss gem. [§ 421f SGB III](#) in [§ 7 Abs. 4 SGB IV](#) eine verbindliche, unwiderlegbare Vermutungsregelung zu Gunsten der Selbstständigkeit eingeführt hatte, wurde mit der Neuschaffung des Gründungszuschusses in [§ 57 SGB III](#) zum 01.08.2006 diese Vermutung nicht übernommen. Im Gegenteil: die frühere Vermutung wurde durch eine redaktionellen Folgeänderung aufgehoben (vgl. [BR-Drs. 543/07](#) vom 10.08.2007 S. 38; Gesetz vom 19.12.2007 - [BGBl. I S. 3024](#)). Wenn also der Gesetzgeber bei der Neuregelung des [§ 57 SGB III](#) in Zusammenführung des vormaligen Überbrückungsgeldes nach [§ 57 SGB III](#) a.F. und des Existenzgründungszuschusses nach [§ 421f SGB III](#) die vormalige Vermutung in [§ 7 Abs. 4 SGB IV](#) nicht übernommen hat, darf der Gründungszuschuss-Gewährung keine Indizwirkung zu Gunsten der Selbstständigkeit zukommen.

Das gleiche Ergebnis gilt für die Entscheidung der Beigeladenen zu 2), den Kläger in die Unternehmensversicherung aufzunehmen. Insbesondere ist in dem Veranlagungsbescheid vom 25.02.2009 lediglich geregelt, dass der Kläger als Unternehmer für eine Tätigkeit als ambulanter Dienst sozialpflegerischer Art veranlagt wird. Der weitere Bescheid vom 06.04.2009 (BI 12 Verwaltungsakte) beinhaltet ebenfalls nur, dass eine Unternehmensversicherung besteht. Weder der Bescheidstenor enthält eine Feststellung, dass der Kläger für die Beigeladene zu 1) selbstständig tätig ist, noch lässt sich eine gleichwertige Feststellung der Bescheidsbegründung entnehmen. Auch insoweit ist die Annahme, dass der Kläger eine selbstständige Tätigkeit ausübt, den Bescheidsmotiven oder -grundlagen zuzuordnen. Eine eigenständige Bindung anderer Versicherungsträger findet sich auch hier nicht.

Im Ergebnis ist daher der Gerichtsbescheid des Sozialgerichts München aufzuheben und die inhaltliche Entscheidung der Beklagten zu bestätigen.

4. Darüber hinaus bleibt auch der Hilfsantrag des Klägers ohne Erfolg, den Beginn der Versicherungspflicht gemäß [§ 7a Abs. 6 SGB IV](#) erst auf den Zeitpunkt der Bekanntgabe des Bescheides vom 05.10.2010 zu bestimmen.

[§ 7a Abs. 6 SGB IV](#) ist eine Ausnahmeregelung. In Abweichung des auch in [§ 28e SGB IV](#) zum Ausdruck kommenden Grundsatzes, dass die Sozialversicherungspflicht mit der faktischen Aufnahme der Beschäftigung beginnt (Entstehungsprinzip, vgl. BSG Urteil vom 26.01.2005 - [B 12 KR 3/04 R](#), Rn. 25 m.w.N.), bestimmt [§ 7a Abs. 6 SGB IV](#), dass die Versicherungspflicht erst mit der Bekanntgabe der Entscheidung über den Statusantrag eintritt. Vorliegend die Versicherungspflicht nicht erst mit der Bekanntgabe des Bescheides vom 05.10.2010, der die mit Bescheid vom 09.11.2009 bestimmte rechtsfehlerhafte Elementenfeststellung (vgl. BSG Urteil vom 04.06.2009 - [B 12 KR 31/07 R](#), Rn. 12 - zitiert nach juris) korrigiert hat. Denn dem widerspricht zunächst der Grundsatz, dass Ausnahmeregelungen nicht extensiv auszulegen sind, so dass als Entscheidung über den Statusantrag der Bescheid vom 09.11.2009 anzusehen ist, mit dem die Beklagte den Antrag des Klägers vom 18.03.2009 abschlägig verbeschieden hatte. Zudem bezweckt [§ 7a Abs. 6 SGB IV](#) entsprechend den Empfehlungen der von der Bundesregierung eingesetzten Kommission "Scheinselbstständigkeit" ("Dietrich-Kommission" ([BT-Drs. 14/1855](#) vom 26.10.1999; Abschlussbericht, NZA 1999, 1260), hohe Haftungsrisiken einzuschränken. Dieser enge Zusammenhang mit der Risikoabschätzung war vorliegend bereits gegeben, als das Risiko durch Erlass des ersten, wenn auch rechtswidrigen Bescheides vom 09.11.2009 absehbar war. Zudem stellt auch der Wortlaut des [§ 7a Abs. 6 SGB IV](#) allein auf die Bekanntgabe des Bescheides ab, unabhängig davon, ob er überhaupt bestandskräftig wird oder gegebenenfalls - wie vorliegend - noch im Rechtsbehelfsverfahren durch die Beklagte selbst korrigiert wird. Es kommt hinzu, dass der spätere Versicherungsbeginn nicht nur Vorteile für die betroffenen Personen hat. Insbesondere kann ein Anspruch auf Arbeitslosengeld entfallen oder zerstört werden (Schmidt NZS 2000, 57, 62). Auch dies spricht dagegen, [§ 7a Abs. 6 SGB IV](#) weit auszulegen. Schließlich entspricht dieses Ergebnis den Grundwertungen des Gesetzgebers in [§§ 40 - 43 SGB X](#), auch fehlerhaften Bescheiden Rechtswirkungen zuzubilligen und nur bei Nichtigkeit - für die vorliegend keine Gründe gegeben sind - einem Bescheid die Rechtswirkung zu versagen.

Auf die Berufung der Beklagten ist deshalb die Entscheidung des Sozialgerichts aufzuheben und die Klage voll umfänglich abzuweisen.

Die Kostenentscheidung beruht auf [§ 193 SGG](#).

Gründe zur Zulassung der Revision sind nicht ersichtlich, [§ 160 SGG](#).

Rechtskraft

Aus

Login

FSB

Saved

2014-10-13