

## L 3 R 53/17

Land  
Hamburg  
Sozialgericht  
LSG Hamburg  
Sachgebiet  
Rentenversicherung

Abteilung

3

1. Instanz

SG Hamburg (HAM)

Aktenzeichen

S 33 R 664/14

Datum

18.04.2017

2. Instanz

LSG Hamburg

Aktenzeichen

L 3 R 53/17

Datum

29.01.2019

3. Instanz

Bundessozialgericht

Aktenzeichen

-

Datum

-

Kategorie

Urteil

Die Berufung der Beigeladenen zu 1) gegen das Urteil des Sozialgerichts vom 18. April 2017 wird zurückgewiesen. Außergerichtliche Kosten sind auch im Berufungsverfahren nicht zu erstatten. Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand:

Streitig ist, ob die Tätigkeit der Klägerin bei der Beigeladenen zu 1) in der Zeit vom 1. April 2013 bis zum 31. Dezember 2015 der Versicherungspflicht in der gesetzlichen Rentenversicherung sowie nach dem Recht der Arbeitsförderung unterlag.

Die Klägerin verfügt über eine abgeschlossene Ausbildung als Gesundheits- und Pflegeassistentin und ist als solche staatlich anerkannt. Die Beigeladene zu 1) betrieb unter anderem im streitigen Zeitraum einen ambulanten Pflegedienst. Alleinige Gesellschafterin und Geschäftsführerin der Beigeladenen zu 1) war Frau C ... Mit Vertrag vom 1. April 2013 schloss die Beigeladene zu 1) mit der Klägerin einen "Vertrag über die Errichtung einer atypischen stillen Gesellschaft", aufgrund dessen die Klägerin eine Einlage von 500 EUR leistete (§ 3 des Vertrages). Hiernach stand der Geschäftsführung eine monatliche Kostenpauschale in Höhe von 500 EUR (für die Nutzung der Räumlichkeiten, Büroarbeitsplatz, anteilige Büromiete und Betriebskosten, Büromaterial, Nutzung von Telefon und DSL-Anschlüssen, Versicherungen für Sach-, Personen- und Vermögensschäden) zu (§ 4 Abs. 1 des Vertrages). Die Inhaberin durfte nach § 4 Abs. 2 des Vertrages bestimmte Maßnahmen (z.B. Beendigung bzw. wesentliche Erweiterung oder Beschränkung des Geschäftsbetriebes; Veräußerung oder Verpachtung wesentlicher Betriebsteile; wesentliche Änderungen des Unternehmensgegenstandes oder der Unternehmensform; Feststellung oder Änderung des Finanz- und Investitionsplanes für das bevorstehende Geschäftsjahr; Aufnahme neuer oder Aufgabe bisheriger Geschäftstätigkeiten; Abschluss, Änderung oder Beendigung von sonstigen Verträgen, die eine Laufzeit von mehr als einem Jahr vorsehen oder Verpflichtungen der Gesellschaft von mehr als 20.000 EUR p.a. begründen, davon ausgenommen war das Dienstfahrzeug der Inhaberin sowie die Arbeitsverträge mit dem Pflegepersonal; Abschluss, Änderung oder Beendigung von Vergütungsvereinbarungen mit den Kranken-, Pflegekassen oder Sozialhilfeträgern) nur mit Einwilligung der stillen Gesellschafter vornehmen. Von den ihr zuzurechnenden Einnahmen erhielt die Klägerin monatlich zunächst 80 %, 20 % wurden als Verwaltungskosten einbehalten. Die Abschlussgewinnbeteiligung richtete sich nach dem Verhältnis zwischen der Einlage der Klägerin zur Höhe der Einlage der Inhaberin zuzüglich der Einlagen anderer stiller Gesellschafter. Es wurde der Gesamtgewinn aller stillen Gesellschafter zugrunde gelegt, davon wurden die Vorabentnahmen sowie die 20%ige Kostenpauschale abgezogen. Der Verlust wurde bis zur Höhe der Einlage verteilt (§ 7 des Vertrages). Die Klägerin hatte die von ihr akquirierten Patienten selbst oder durch von ihr selbst beschafftes Personal, das von der GmbH eingestellt wurde, zu versorgen und ihre Vertretung selbst zu regeln. Die fachliche Leitung der Beigeladenen zu 1) oblag der Pflegedienstleitung, deren fachlichen Weisungen die Klägerin Folge zu leisten hatte. Sie hatte der Pflegedienstleitung und/oder der Geschäftsführung außerdem bei Bedarf Auskunft über die Tätigkeit durch Aushändigung einer Pflegedokumentation zu erteilen; diese war der Pflegedienstleitung am Ende eines Quartals zur Archivierung zu überlassen. Die Pflegedienstleitung war berechtigt, die Pflegeleistungen zu überwachen, insbesondere auch durch direkte Nachfrage beim Patienten oder entsprechenden Pflegevisiten. Bei Schwierigkeiten mit Patienten und für den Fall, dass ein Pflegeauftrag besondere fachliche Qualifikationen erforderte und/oder entsprechende Risiken beinhaltete, verpflichtete sich die Klägerin, die Pflegedienstleitung hierüber unverzüglich zu informieren. Für den Fall, dass die Beigeladene zu 1) zu dem Ergebnis kam, dass im Hinblick auf die Pflege eines Patienten die Qualifikation und/oder die konkrete Fähigkeit der Klägerin nicht ausreichte, um eine ordnungsgemäße Pflegeleistung sicherzustellen, konnte sie den Patienten einem anderen Gesellschafter oder stillen Beteiligten zuweisen. Den diesbezüglichen Anweisungen der Geschäftsführung/Pflegedienstleitung war Folge zu leisten. Die Klägerin war nicht verpflichtet, einen Pflegeauftrag anzunehmen (§ 10 des Vertrages). Eine ordentliche Kündigung war mit einer Frist von drei Monaten erstmals zum 1. April 2014 zulässig und danach zum Ende jedes Geschäftsjahres; daneben war eine Kündigung aus wichtigem Grund zulässig (§ 13 Abs. 1 und 2 des Vertrages). In den ersten 12 Monaten (Erprobungsphase) konnte die Inhaberin ihr außerdem ohne Angabe von Gründen binnen einer einmonatigen Frist jederzeit kündigen (§ 13 Abs. 3 des Vertrages). Gemäß § 15 Abs. 1 des Vertrages galt für die Klägerin ein

Wettbewerbsverbot in dem Sinne, dass sie der Inhaberin während der Laufzeit des Vertrages weder mittelbar noch unmittelbar, direkt noch indirekt, gelegentlich noch gewerbsmäßig Konkurrenz machen oder sich als Gesellschafter an einem Konkurrenzunternehmen beteiligen durfte. Für den Fall der Zuwiderhandlung war eine Vertragsstrafe vereinbart (§ 13 Abs. 3 des Vertrages). Die Anlage I zum Vertrag enthielt eine Auflistung der von der Klägerin selbst zu tragenden Kosten (unter anderem Personalkosten für selbst beschafftes Personal, Kfz-Kosten, Kosten für die Finanzbuchhaltung, Beiträge zur Berufsgenossenschaft).

Die Klägerin war im streitigen Zeitraum ausschließlich für die Beigeladene zu 1) tätig. Neben ihr waren fünf – zeitweise sechs – weitere Personen durch gleichlautende Verträge mit der Beigeladenen zu 1) als stille Gesellschafter verbunden. Im Pflegeteam der Klägerin waren im streitigen Zeitraum insgesamt vier Mitarbeiterinnen tätig, die Arbeitsverträge mit der Beigeladenen zu 1) geschlossen hatten.

Ausdrücklich aus Anlass der anhängigen Statusfeststellungsverfahren der stillen Gesellschafter wurde in der Gesellschafterversammlung vom 7. Mai 2013 der Beschluss gefasst, die jeweiligen Verträge mit den stillen Gesellschaftern "zur Verdeutlichung unseres Status" abzuändern. Dementsprechend schloss die Beigeladene zu 1) auch mit der Klägerin unter dem 7. Mai 2013 einen neuen – geringfügig abgeänderten – Vertrag. Unter anderem betrug die monatliche Kostenpauschale bei einem monatlichen Umsatz von unter 10.000 EUR nur 250 EUR, ansonsten weiterhin 500 EUR. Nach § 4 Abs. 2 des Vertrages (Maßnahmen, die die Inhaberin nur mit Einwilligung der stillen Gesellschafter vornehmen durfte) waren nunmehr unter anderem Abschluss, Änderung oder Beendigung von sonstigen Verträgen genannt, die eine Laufzeit von mehr als einem Jahr vorsehen oder Verpflichtungen der Gesellschaft von mehr als 3.000 EUR p.M. begründen (vorher: von mehr als 20.000 EUR p.a.); die Arbeitsverträge mit dem Pflegepersonal waren abweichend von der Vorgängerfassung nicht mehr hiervon ausgenommen. In § 13 Abs. 1 des Vertrages war eine Frist für die ordentliche Kündigung nicht mehr enthalten. Im Übrigen blieben die Regelungen weitgehend unverändert.

Am 17. April 2013 beantragte die Klägerin bei der Beklagten die Feststellung des versicherungsrechtlichen Status. Sie teilte mit, sie sei Gesellschafterin, akquiriere ihre Patienten durch Werbung bei Ärzten, Krankenhäusern und Behörden und organisiere sämtliche Abläufe selbst. Insbesondere erstelle sie auch die Dienst- und Tourenpläne für ihr Team. Sie erhalte eine monatliche Einzelabrechnung als Gesellschafterin, das Geld werde ihr monatlich von der GmbH als Überschussbeteiligung ausgezahlt.

Mit Anhörungsschreiben vom 21. Januar 2014 teilte die Beklagte der Beigeladenen zu 1) und der Klägerin die Absicht mit, die Versicherungspflicht der Klägerin in der Rentenversicherung sowie nach dem Recht der Arbeitsförderung festzustellen.

Nachdem sich die Klägerin hierzu nicht geäußert hatte, stellte die Beklagte mit Bescheiden vom 13. März 2014 gegenüber der Klägerin und der Beigeladenen zu 1) die Versicherungspflicht der Klägerin in der gesetzlichen Rentenversicherung und nach dem Recht der Arbeitsförderung seit dem 1. April 2013 fest. Zur Begründung führte sie aus, nach Gesamtwürdigung aller Umstände würden die Merkmale für ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis überwiegen. Die Klägerin sei in die Betriebsorganisation der Beigeladenen zu 1) eingegliedert, die Beteiligung mit einer Einlage von 500 EUR berge kein nennenswertes Verlustrisiko und die Pflegedienstleitung übe ihr gegenüber ein Weisungsrecht aus. Allein aus der stillen Beteiligung heraus könne ein Beschäftigungsverhältnis nicht ausgeschlossen werden.

Die Klägerin erhob dagegen Widerspruch ohne Begründung, den die Beklagte durch Widerspruchsbescheid vom 3. Juni 2014 zurückwies. Sie führte ergänzend zum Ausgangsbescheid aus, dass ein maßgebliches Unternehmerrisiko nicht gegeben sei. Die bloße Möglichkeit, keine weiteren Aufträge zu erhalten, entspreche dem Beschäftigungsrisiko eines Arbeitnehmers, wie z.B. bei Stücklohn-, Akkord- oder Heimarbeitern. Ein maßgeblicher Kapitaleinsatz finde gerade nicht statt. Entscheidend sei, dass bei Annahme eines Auftrages die Eingliederung in den Betrieb der Beigeladenen zu 1) erfolge. Zudem sei nicht entscheidend, dass die Beigeladene zu 1) von der ihr zustehenden Rechtsmacht keinen Gebrauch mache, denn deren Existenz sei bereits ausreichend.

Die Klägerin hat dagegen am 26. Juni 2014 Klage erhoben und vorgetragen, die Weisungsgebundenheit der Pflegedienstleitung sei völlig untergeordnet und spiele in der Praxis keine Rolle. Es gehe dabei mehr um eine Kontrollmöglichkeit, die erst zum Tragen komme, wenn sich Patienten beschwerten oder Kranken- oder Pflegekassen Abrechnungsdifferenzen aufdeckten. Im Gegensatz zu einer abhängig beschäftigten Pflegekraft könne die Klägerin Patienten ablehnen. Der vertraglich geregelte Fall der Zuweisung einer anderen Pflegekraft, wenn ein Patient in einer Weise pflegebedürftig sei, die die Klägerin nicht leisten könne, sei lediglich vorsorglich aufgenommen worden und begründe keine Weisungsgebundenheit. Vielmehr hätten sich mehrere Pflegekräfte in einem gesellschaftsrechtlich bestimmten Organisationsakt zusammengeschlossen und erhielten daher auch kein Gehalt, sondern Gewinn, und müssten auch den eigenen Ausfall bei Urlaub und Krankheit völlig selbstständig organisieren. Die Klägerin habe ihre Mitarbeiter eingestellt und ihre Patienten selbst akquiriert. Die Arbeitsverträge der Mitarbeiter seien zwar ebenso wie die Pflegeverträge mit den Patienten von der Beigeladenen zu 1) geschlossen worden. Allein die Klägerin habe aber das Direktionsrecht über die Mitarbeiter gehabt und ggf. auch den Kündigungsentschluss getroffen, auch wenn die Kündigung selbst dann über die Beigeladene zu 1) erfolgt sei. Sie habe für sich und ihre Mitarbeiter Dienst- und Tourenpläne jeweils für eine Woche im Voraus erstellt. Nach Ablauf der Woche habe sie diese zusammen mit der Pflegedokumentation im Büro des Pflegedienstes abgegeben. Die Pflegedienstleitung habe lediglich Kontrollaufgaben übernommen, indem sie Personaldaten abgeglichen, Dienstpläne kontrolliert und "Mehrarbeitsstunden" der Gesellschafter verantwortlich übernommen und gegengezeichnet habe. Dies sei jedoch ausschließlich aufgrund der Vorgaben durch die Kranken- und Pflegekassen erfolgt, denn ohne diese Pflegefachaufsicht hätten die einzelnen Gesellschafter gegenüber diesen nicht abrechnen dürfen. Die Pflegedienstleitung sei außerdem gesetzlich verpflichtet, zweimal jährlich eine Qualitätssicherung zu betreiben durch Aufsicht und Überprüfung der Pfleger, also auch der Klägerin. Von der Beigeladenen zu 1) seien ihr keine Patienten zugewiesen worden. Wenn sich ein potentieller Neukunde im Büro der Beigeladenen zu 1) gemeldet habe, sei dies an alle Gesellschafter weitergegeben und geprüft worden, wer diesen Kunden übernehmen könnte. Sei kein Gesellschafter dazu bereit gewesen, habe man den Kunden abgelehnt. Der atypisch stille Gesellschafter sei als Mitunternehmer einzuordnen und trage damit auch das Mitunternehmerrisiko. Dies sei sozialversicherungsrechtlich nicht anders zu beurteilen als im Steuerrecht. Würde die Hauptgesellschafterin insolvent, so wäre damit der gesamte finanzielle Einsatz der Klägerin verloren. Hierin liege ein erhebliches Verlustrisiko, denn sie habe erhebliches Kapital z.B. für einen eigenen PKW und eine eigene Büroeinrichtung eingesetzt.

Die Beklagte hat an ihrer Auffassung festgehalten.

Die Beigeladene zu 1) hat sich dem Vortrag der Klägerin angeschlossen und ergänzend vorgetragen, dass die vertragliche Vereinbarung zur Kündigungsfrist im Gesellschaftsvertrag rechtswidrig wäre, wenn die Klägerin Arbeitnehmerin gewesen wäre.

Die Beigeladene zu 1) hat ihre Tätigkeit in der Rechtsform einer GmbH zum 31. Dezember 2015 eingestellt. Es wurde im Anschluss daran eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts mit ähnlichem Namen und gleicher Tätigkeit gegründet, an der die Klägerin vom 1. April bis 31. Dezember 2016 mit 1 % (Einlage von 100 EUR) beteiligt war. Seit dem 1. Januar 2017 ist sie als Arbeitnehmerin dort beschäftigt.

Das Sozialgericht hat die Klage durch Urteil vom 18. April 2017 abgewiesen. Es hat ausgeführt, dass die Klägerin zwar einem Unternehmerrisiko ausgesetzt gewesen sei, da sie für ihre Tätigkeit einen PKW angeschafft habe, den sie allein finanziert und auch ihrem Team zur Verfügung gestellt habe. Dennoch sprächen die Gesamtumstände für eine abhängige Beschäftigung. So habe die Beigeladene zu 1) im Konfliktfall die Möglichkeit gehabt, der Klägerin ihre gesamte Einkommensgrundlage zu entziehen und Mitglieder ihres Teams gegen ihren Willen zu kündigen oder sie einem anderen Gesellschafter zuzuweisen. Sie habe der Klägerin auch selbst akquirierte Patienten entziehen und einem anderen Gesellschafter zuweisen können. Dass hiervon in der Praxis kein Gebrauch gemacht worden sei, führe nicht zu einer anderen Beurteilung, da es zur Vermeidung einer sogenannten "Schönwetter-Selbständigkeit" allein auf die rechtliche Möglichkeit ankomme.

Gegen das ihr am 12. Mai 2017 zugestellte Urteil hat die Beigeladene zu 1) am 30. Mai 2017 Berufung eingelegt. Sie wiederholt im Wesentlichen den Vortrag der Klägerin im erstinstanzlichen Verfahren und trägt ergänzend vor, dass jeder Gesellschafter eigenständig seinen Kundenstamm bearbeitet und sich lediglich der Infrastruktur der Beigeladenen zu 1) bedient habe. Beachtlich sei, dass die Beigeladene zu 1) nach dem Gesellschaftsvertrag wesentliche Maßnahmen nur mit Einwilligung der stillen Gesellschafter vornehmen dürfen. Ein solches umfassendes Vetorecht sei einer abhängigen Beschäftigung völlig fremd. Die Klägerin sei auch keinem Weisungsrecht der Geschäftsführerin der Beigeladenen zu 1) unterworfen gewesen. Sie habe vielmehr innerhalb ihres Pflorgeteams komplett selbständig ihre persönliche Arbeitszeit organisiert. Ort der Leistungserbringung sei zwingend die Häuslichkeit des Patienten und die Art der Pflegeleistung sei durch die jeweilige Bewilligung des Kostenträgers vorgegeben worden. Das Sozialgericht habe insofern die Besonderheiten im Bereich der Pflegetätigkeiten verkannt, wozu auch gehöre, dass eine umfassende Fachaufsicht durch die Pflegedienstleitung versorgungsvertraglich normiert sei. Diese sei als Indiz für eine Weisungsbefugnis im sozialversicherungsrechtlichen Sinne daher nicht geeignet, denn anderenfalls wäre ein Geschäftsmodell mit selbständigen Gesellschaftern im Bereich der Pflege per se unmöglich. Zugestanden werde, dass die arbeitsvertragliche Regelungsmacht allein bei der Beigeladenen zu 1) gelegen habe. Auch dies sei jedoch der Rechtsnatur der Pflegeleistungen geschuldet. Tatsächlich seien die abhängig beschäftigten Pflegekräfte ausschließlich den jeweiligen stillen Gesellschaftern zugeordnet gewesen.

Die Beigeladene zu 1) beantragt,

das Urteil des Sozialgerichts Hamburg vom 18. April 2017 sowie den Bescheid der Beklagten vom 13. März 2014 in Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 3. Juni 2014 aufzuheben und festzustellen, dass die Klägerin im Rahmen ihrer Tätigkeit bei der Beigeladenen zu 1) in der Zeit vom 1. April 2013 bis 31. Dezember 2015 nicht der Versicherungspflicht in der Rentenversicherung sowie nach dem Recht der Arbeitsförderung unterliegt.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückweisen.

Sie hält die Entscheidung des Sozialgerichts für zutreffend.

Die Klägerin und die übrigen Beigeladenen stellen keine eigenen Anträge und haben sich im Berufungsverfahren zur Sache nicht geäußert.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die Gerichtsakte sowie die beigezogene Verwaltungsakte der Beklagten Bezug genommen.

Entscheidungsgründe:

Die zulässige, insbesondere form- und fristgerecht eingelegte Berufung ([§§ 143, 151](#) Sozialgerichtsgesetz – SGG) ist nicht begründet, da das Sozialgericht die Klage zu Recht abgewiesen hat.

Die angefochtenen Bescheide sind rechtmäßig. Die Klägerin hat ihre Tätigkeit für die Beigeladene zu 1) im Rahmen einer abhängigen Beschäftigung ausgeübt und unterlag somit der Versicherungspflicht in der gesetzlichen Rentenversicherung und nach dem Recht der Arbeitsförderung. Versicherungspflicht in der gesetzlichen Kranken- und Pflegeversicherung hat die Beklagte nicht festgestellt.

Nach [§ 7a Abs. 1 S. 1](#) Sozialgesetzbuch Viertes Buch (SGB IV) können die Beteiligten schriftlich eine Entscheidung der nach [§ 7a Abs. 1 S. 3 SGB IV](#) zuständigen Beklagten 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. Die Beklagte entscheidet aufgrund einer Gesamtwürdigung aller Umstände, ob eine Beschäftigung vorliegt ([§ 7a Abs. 2 SGB IV](#)).

Personen, die gegen Arbeitsentgelt beschäftigt sind, unterliegen in der gesetzlichen Rentenversicherung und nach dem Recht der Arbeitsförderung der Versicherungs- bzw. Beitragspflicht ([§ 1 S. 1 Nr. 1](#) Sozialgesetzbuch Sechstes Buch, [§ 25 Abs. 1](#) Sozialgesetzbuch Drittes Buch). Beurteilungsmaßstab für das Vorliegen einer abhängigen Beschäftigung ist [§ 7 Abs. 1 S. 1 SGB IV](#). Danach ist Beschäftigung die nichtselbständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis. 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 er 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 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 Arbeitsleistung

und hängt davon ab, welche Merkmale überwiegen. Ausgangspunkt für die Beurteilung ist 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 geht der formellen Vereinbarung nur 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 29.08.2012 - [B 12 KR 25/10 R](#); BSG 18.11.2015 - [B 12 KR 16/13 R](#) - Juris).

Nach Maßgabe dieser Grundsätze überwiegen vorliegend die für eine abhängige Beschäftigung sprechenden Umstände. Ausgangspunkt für die Prüfung, ob die Klägerin ihre Tätigkeit im Rahmen einer abhängigen Beschäftigung oder selbständigen Tätigkeit ausgeübt hat, sind die im Streitzeitraum geltenden vertraglichen Regelungen. Dies sind die zwischen der Klägerin und der Beigeladenen zu 1) geschlossenen Verträge über die Gründung einer stillen Gesellschaft vom 1. April 2013 und 7. Mai 2013.

Nach den dort getroffenen Regelungen unterlag die Klägerin einem umfangreichen Weisungsrecht der Geschäftsführerin der Beigeladenen zu 1). So regelt § 10 des Vertrages ausdrücklich, dass die Pflegedienstleitung, also die Geschäftsführerin der Beigeladenen zu 1), die fachliche Leitung innehatte und dass die Klägerin deren fachlichen Weisungen Folge zu leisten hatte. Diese allgemeine Weisungsbefugnis wird durch die weiteren Regelungen in § 10 des Vertrages noch weiter konkretisiert: Die Klägerin hatte der Pflegedienstleitung bei Bedarf - d.h. letztlich jederzeit - Auskunft über ihre Tätigkeit durch Aushändigung der Pflegedokumentation zu erteilen. Die Pflegedienstleitung war berechtigt, die Pflegeleistungen zu überwachen und sogar diesbezüglich direkt beim Patienten nachzufragen oder Pflegevisiten durchzuführen. Die Klägerin war verpflichtet, die Pflegedienstleitung bei Schwierigkeiten mit einem Patienten persönlicher oder fachlicher Art unverzüglich zu informieren; dasselbe galt für den Fall, dass ein Pflegeauftrag besondere fachliche Qualifikationen erfordert und/oder entsprechende Risiken in sich trug. Für den Fall, dass die Pflegedienstleitung zu dem Ergebnis kam, dass für die Pflege eines Patienten die Qualifikation oder die konkrete Fähigkeit der Klägerin nicht ausreichte, war sie berechtigt, den Patienten einer anderen Pflegekraft zuzuweisen.

Die Geschäftsführerin der Beigeladenen zu 1) hatte somit umfassende Kontroll- und Weisungsrechte und konnte der Klägerin sogar einen Patienten entziehen, wenn sie dies für geboten hielt. Die Klägerin hatte keine rechtliche Möglichkeit, sich unliebsamen Weisungen zu widersetzen, denn die entsprechenden Befugnisse der Geschäftsführerin ergaben sich unmittelbar aus dem Vertrag.

Entgegenstehende Rechte der Klägerin ergaben sich auch nicht aus ihrer Stellung als stille Gesellschafterin. Die in den [§§ 230 Handelsgesetzbuch \(HGB\)](#) geregelte stille Gesellschaft ist eine Innengesellschaft und somit weder rechts- noch parteifähig. In rechtlicher Hinsicht tritt allein der Geschäftsinhaber - hier die Beigeladene zu 1) - als Träger des Unternehmens in Erscheinung, sodass eine Außenhaftung der stillen Gesellschafter ausgeschlossen ist. Gesellschaftsvermögen wird nicht gebildet, sondern die Einlage des stillen Gesellschafters geht in das Vermögen des Geschäftsinhabers über. Die Gesellschafter stehen daher lediglich in schuldrechtlichen Beziehungen zueinander und dem Geschäftsinhaber steht allein die Geschäftsführung zu (Mock in: Röhrich/Graf von Westphalen/Haas, HGB 4. Aufl., 2014, 3 230 HGB Rn. 5, 95; LSG Thüringen, Urteil vom 29.10.2013 - [L 6 KR 862/10](#) - Juris, m.w.N.). Die Klägerin hatte daher keine Möglichkeit, die vertraglich vereinbarten Kontroll- und Weisungsrechte der Geschäftsführerin der Beigeladenen zu 1) einseitig abzuändern oder aufzuheben. Unerheblich ist dabei, ob und inwieweit die Geschäftsführerin der Beigeladenen zu 1) von den ihr zustehenden Rechten tatsächlich Gebrauch gemacht hat, denn maßgeblich ist insoweit nur die bestehende Rechtsmacht. Aufgrund des Erfordernisses der Vorhersehbarkeit sozialversicherungs- und beitragsrechtlicher Tatbestände ist eine sogenannte "Schönwetter-Selbstständigkeit" lediglich in harmonischen Zeiten, während im Fall eines Zerwürfnisses die rechtlich bestehende Weisungsgebundenheit jederzeit zum Tragen kommen könnte, nicht anzuerkennen (BSG, Urteil vom 14.03.2018 - [B 12 R 5/16 R](#) - Juris).

Eine andere Beurteilung ergibt sich auch nicht aus dem Umstand, dass das Vorhandensein einer verantwortlichen Pflegedienstleitung in den Versorgungsverträgen der Kranken- und Pflegekassen vorausgesetzt wird, denn dies ändert im Ergebnis nichts daran, dass die Klägerin den entsprechenden Kontroll- und Weisungsrechten unterlag. Es mag auch sein, dass die Klägerin in persönlicher oder fachlicher Hinsicht (etwa aufgrund ihres Berufsabschlusses als gelernte Gesundheits- und Pflegeassistentin) nicht die gesetzlichen bzw. versorgungsvertraglichen Vorgaben erfüllt, um selbst als Pflegedienstleitung tätig zu sein oder einen Einzelversorgungsvertrag mit den Kranken-/Pflegekassen abschließen zu können, und somit auf das Vorhandensein einer betrieblichen Struktur wie bei der Beigeladenen zu 1) angewiesen war. Dies kann jedoch nicht dazu führen, dass die sozialversicherungsrechtlichen Kriterien zur Abgrenzung von abhängiger Beschäftigung und selbständiger Tätigkeit im Pflegebereich außer Acht gelassen werden. Soweit in den Versorgungsverträgen mit den Kranken- und Pflegekassen geregelt ist, dass die Pflegeleistungen ausschließlich durch sozialversicherungspflichtig Beschäftigte sowie Eigentümer und Gesellschafter des Leistungserbringers erbracht werden dürfen, mag es im Übrigen zweifelhaft sein, ob die hier gewählte Rechtsform diese Vorgaben tatsächlich erfüllt, da die Klägerin nicht Gesellschafterin der Beigeladenen zu 1), sondern als stille Gesellschafterin letztlich nur schuldrechtlich mit dieser verbunden ist. Für die Frage der statusrechtlichen Beurteilung der Klägerin ist dies jedoch nicht entscheidungserheblich.

Die Klägerin war auch in nicht nur unerheblichem Ausmaß in die Arbeitsorganisation der Beigeladenen zu 1) eingegliedert, denn sie nutzte deren Infrastruktur, wie z.B. Räumlichkeiten, das Archiv für die Pflegedokumentationen sowie das Abrechnungszentrum, mit dem nur die Beigeladene zu 1) und nicht die Klägerin selbst vertraglich verbunden war. Ebenso hatten die Mitarbeiter der Klägerin und auch die von ihr gepflegten Patienten allein mit Beigeladenen zu 1) ein Vertragsverhältnis. Dass die Klägerin ihren Mitarbeitern gegenüber das Direktionsrecht ausgeübt hat und für diese ebenso wie für sich selbst die Touren- und Dienstpläne ausgearbeitet hat, unterscheidet sie letztlich nicht wesentlich von einer angestellten Team- oder Abteilungsleiterin. Im Übrigen hätte die Geschäftsführerin der Beigeladenen zu 1) als alleinige Arbeitgeberin der Mitarbeiter das Direktionsrecht über diese jederzeit an sich ziehen können. Auch insoweit ist wiederum nur die diesbezügliche Rechtsmacht maßgeblich, nicht die Frage, ob sie hiervon tatsächlich Gebrauch gemacht hat.

Die Klägerin war an der Beigeladenen zu 1) nicht beteiligt, sodass es sich um einen fremden Betrieb handelte. Die nur schuldrechtliche Verbindung ändert hieran nichts und führte nicht dazu, dass die Klägerin einen maßgeblichen Einfluss auf die Geschicke des Unternehmens hätte nehmen können. Entgegen der Ansicht der Beigeladenen zu 1) ergibt sich eine abweichende rechtliche Beurteilung auch nicht aus den Regelungen in § 4 des Vertrages über die Errichtung einer stillen Gesellschaft, wonach die die Beigeladene zu 1) nach dem Gesellschaftsvertrag bestimmte Maßnahmen nur mit Einwilligung der stillen Gesellschafter vornehmen durfte. Nach der Rechtsprechung des

Bundessozialgerichts steht bei Minderheitsgesellschaftern einer GmbH eine solche partielle Sperrminorität einem abhängigen Beschäftigungsverhältnis nicht entgegen, weil dem Betroffenen dadurch keine derart weitgehende Rechtsmacht eingeräumt wird, dass er jederzeit jegliche Weisungen durch den Geschäftsführer abwenden könnte (BSG, Urteil vom 29.06.2016 – [B 12 R 5/14 R](#) - Juris). Diese Grundsätze müssen für den hier vorliegenden Fall, in dem die Klägerin noch nicht einmal an der Beigeladenen zu 1) beteiligt war, erst recht gelten (vgl. LSG Nordrhein-Westfalen, Urteil vom 25.11.2015 – [L 8 R 273/12](#) – Juris).

An dieser rechtlichen Situation haben auch die – eher geringfügigen – Modifikationen im Vertrag vom 7. Mai 2013 nichts geändert. Auch wenn von dem Einwilligungsvorbehalt der stillen Gesellschafter in Bezug auf Abschluss, Änderung und Beendigung von Verträgen mit einer Laufzeit von über einem Jahr nun auch die Arbeitsverträge mit dem Pflegepersonal betroffen waren, war hierdurch das Weisungsrecht der Geschäftsführerin nicht umfassend beseitigt, denn die Weisungs- und Kontrollrechte aus § 10 des Vertrages bestanden unverändert fort. Ebenso hätte die Beigeladene zu 1) immer noch das Direktionsrecht über die Mitarbeiter an sich ziehen oder sie einem anderen Gesellschafter zuweisen können. Selbst wenn die Klägerin mithilfe dieser Regelung ihre eigene ordentliche Kündigung hätte verhindern können – was im Hinblick auf die speziellen Kündigungsregelungen in § 13 des Vertrages zweifelhaft sein dürfte –, stünde dies der Annahme einer abhängigen Beschäftigung nicht entgegen (BSG, Urteil vom 29.06.2016, [a.a.O.](#)). Abgesehen davon berühren derartige Einwilligungsvorbehalte stets nur das Innenverhältnis und nicht die Wirksamkeit der Geschäftsführungsmaßnahme im Außenverhältnis (Mock, a.a.O., [§ 230 HGB](#) Rn. 96).

Des Weiteren spricht für eine abhängige Beschäftigung, dass die Klägerin im streitigen Zeitraum ausschließlich für die Beigeladene zu 1) tätig war und ihr daneben ausgeübte Tätigkeiten für andere ambulante Pflegebetriebe wohl auch durch das vertragliche Wettbewerbsverbot verwehrt waren. Demgegenüber wäre es typisch für eine selbständige Tätigkeit, wenn die Klägerin auch für andere Auftraggeber tätig und insoweit auch werbend am Markt aufgetreten wäre (vgl. LSG Schleswig-Holstein, Urteil vom 11.05.2017 – [L 5 KR 73/15](#) – Juris).

Zutreffend hat das Sozialgericht darauf hingewiesen, dass es auch Umstände gibt, die isoliert betrachtet für eine selbständige Tätigkeit sprechen: Die Klägerin hat eigenes Kapital für die Anschaffung und Unterhaltung eines rein beruflich genutzten PKW eingesetzt, sie trug die laufenden Kosten für das ihr zugewiesene Personal, Versicherungen, etc. selbst, sie musste im Falle von Urlaub oder Krankheit ihre Vertretung selbst regeln, sie konnte Aufträge ablehnen und sie erhielt kein festes Gehalt, sondern eine Gewinnbeteiligung. Bei Würdigung der Gesamtsituation überwiegen dennoch eindeutig die für eine abhängige Beschäftigung sprechenden Umstände, und dabei insbesondere – wie ausgeführt – die umfangreichen Weisungsrechte der Geschäftsführerin der Beigeladenen zu 1).

Ebenfalls zutreffend hat das Sozialgericht ausgeführt, dass eine eventuell abweichende steuerrechtliche Beurteilung des Sachverhalts keinen Einfluss auf den sozialversicherungsrechtlichen Status der Klägerin hätte. Es kann daher dahin stehen, ob die Klägerin steuerrechtlich tatsächlich als Mitunternehmerin angesehen würde, was allerdings zweifelhaft sein dürfte, denn nach dem Bundesfinanzhof ist auch hierfür Voraussetzung, dass der stille Gesellschafter wie ein Unternehmer Einfluss auf das Schicksal des Unternehmens nehmen kann (BFH, Urteil vom 28.01.1982 – [IV R 197/79](#) – Juris), was hier gerade nicht der Fall ist.

Schließlich hat das Sozialgericht auch zu Recht darauf hingewiesen, dass die statusrechtliche Beurteilung der Tätigkeit der Klägerin nicht davon abhängig ist, ob daraus die Rechtswidrigkeit einzelner Regelungen des Vertragsverhältnisses – nach Auffassung der Beigeladenen zu 1) hier die Kündigungsregelungen – folgen würde. Dies wäre vielmehr im Streitfall um die betreffende Vertragsklausel allein im Rechtsverhältnis zwischen den Vertragsparteien zu klären.

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

Der Senat hat die Revision nicht zugelassen, weil die Voraussetzungen des [§ 160 Abs. 2 SGG](#) nicht vorliegen.

Rechtskraft

Aus

Login

HAM

Saved

2019-02-13