

L 5 R 2925/10

Land

Baden-Württemberg

Sozialgericht

LSG Baden-Württemberg

Sachgebiet

Rentenversicherung

Abteilung

5

1. Instanz

SG Reutlingen (BWB)

Aktenzeichen

S 12 R 4937/07

Datum

19.04.1201

2. Instanz

LSG Baden-Württemberg

Aktenzeichen

L 5 R 2925/10

Datum

20.03.2013

3. Instanz

Bundessozialgericht

Aktenzeichen

-

Datum

-

Kategorie

Urteil

Die Berufungen der Klägerin und der Beigeladenen Ziff. 2 gegen das Urteil des Sozialgerichts Reutlingen vom 19.04.12010 werden zurückgewiesen.

Außergerichtliche Kosten sind im Berufungsverfahren nicht zu erstatten.

Tatbestand:

Die Beteiligten streiten über die Nacherhebung von Sozialversicherungsbeiträgen in Höhe von zuletzt noch 51.341,16 EUR für Tätigkeiten der Beigeladenen Ziff. 1 bis 8 bei der Klägerin als Pflegefachkräfte.

Die Klägerin ist eine gemeinnützige Stiftung für alte und pflegebedürftige Menschen mit 148 Pflegeplätzen in E. und 60 Pflegeplätzen in T ... Sie ist eine diakonische Einrichtung und Mitglied des diakonischen Werks. Sie beschäftigt mehr als 200 Mitarbeiter.

In der Zeit vom 16.01.2007 bis 17.01.2007 führte die Beklagte bei der Klägerin eine Betriebsprüfung für den Prüfzeitraum vom 01.01.2003 bis 31.12.2006 durch. Mit Anhörungsschreiben vom 06.03.2007 teilte die Beklagte der Klägerin mit, nach der durchgeführten Betriebsprüfung sei beabsichtigt, Beiträge zur Sozialversicherung in Höhe von voraussichtlich 66.151,72 EUR sowie Säumniszuschläge in Höhe von 8.866,50 EUR nach zu erheben. Bei verschiedenen Arbeitnehmern seien im Dezember 2004 und Dezember 2005 die Geringfügigkeitsgrenzen überschritten worden. Anlässlich der durchgeführten Betriebsprüfung sei zudem festgestellt worden, dass für näher bezeichnete Pflegekräfte, die später im Verfahren Beigeladenen Ziff. 1 bis 8, keine Beiträge entrichtet worden seien, obwohl es sich um eine abhängige Beschäftigung handele.

Mit Schreiben vom 22.06.2007 trug die Klägerin vor, aufgrund von personellen Engpässen, der Notwendigkeit einer fachgerechten Betreuung der Pflegebedürftigen und zur Verbesserung der Abläufe/Qualitätsmanagement habe sie sich erstmals im Juni 2003 an den Vermittlungsdienst für Freiberufler und Selbständige H. H. in H. gewandt. Dieser habe klargestellt, dass sich der rechtliche Rahmen für den Abschluss von Dienstleistungsverträgen wie folgt darstelle: Die Pflegekräfte würden Dienstleistungen erbringen in eigenständiger und eigenverantwortlicher Planung, Durchführung, Dokumentation und Überprüfung von Krankenpflege und/oder Altenpflege in Kooperation mit den zu pflegenden Patienten und den angestellten Pflegedienstmitarbeitern. Die Klägerin sei während der vereinbarten Dienstzeiten den Pflegekräften gegenüber nicht weisungsbefugt. Insbesondere habe der Auftraggeber keine Weisungsbefugnis im Hinblick auf die Gestaltung der Dienstzeiten. Die Pflegekräfte hätten keinen Anspruch auf Urlaubsgeld, bezahlten Urlaub, Weihnachtsgeld oder Lohnfortzahlung im Krankheitsfall. Die Pflegekräfte würden ihre Tätigkeit freiberuflich ausüben. Der Einsatz sei zeitlich begrenzt. Die Klägerin sei nicht der einzige Kunde der Pflegekräfte. Die Klägerin legte im Einzelnen für die Beigeladenen Nr. 1 bis 8 dar, weshalb diese aus ihrer Sicht selbständig und nicht abhängig beschäftigt seien.

Mit Bescheid vom 27.07.2007 teilte die Beklagte der Klägerin mit, die Betriebsprüfung habe eine Nachforderung von insgesamt 59.357,18 EUR einschließlich Säumniszuschläge in Höhe von 8.063,- EUR ergeben. In den Anlagen aufgeführt waren Beitragszeiträume für bei der Klägerin beschäftigte Pflegekräfte wie folgt

Beigeladene Ziff. 1 (S. B.) 01.06.2003 - 30.06.2003 Beigeladene Ziff. 2 (C. H.-K.) 01.11.2004 - 31.07.2005 und 01.08.2006 - 31.12.2006
Beigeladene Ziff. 4. (B. H.) 01.09.2005 - 28.02.2006 Beigeladener Ziff. 6. (Ch. R.) 01.11.2004 - 31.12.2004 Beigeladene Ziff. 7. (S. B.)
01.08.2005 - 31.08.2005 Beigeladene Ziff. 8. (S. S.) 01.09.2004 - 31.12.2004 und 01.09.2005 - 31.10.2005

Ferner wurden Beiträge für "verschiedene Pflegekräfte" in den Zeiten vom 01.06.2005 bis zum 30.11.2005 und vom 01.12.2006 bis zum 31.12.2006 erhoben. Zur Begründung der versicherungsrechtlichen Beurteilung der Pflegekräfte führte die Beklagte aus, bei regelmäßiger Erbringung von Pflegeleistungen für einen anderen Vertragspartner als den Patienten bestehe ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis, wenn nicht besondere Umstände hinzutreten würden, die die Abhängigkeit der Pflegekraft im Einzelfall aufheben würden. Die Klägerin könne sich nicht auf die Schilderung der rechtlichen Rahmenbedingungen durch den Vermittlungsdienst H. H. in H. berufen, denn der Arbeitgeber sei selbst verpflichtet, bei Beginn einer Tätigkeit/Beschäftigung diese sozialversicherungsrechtlich zu überprüfen. Im Sozialversicherungsrecht seien nicht die vertraglichen, sondern die tatsächlichen Verhältnisse entscheidend. In den Rahmenbedingungen sei festgehalten worden, dass die durch die Pflegekräfte zu erbringenden Dienstleistungen eigenständig, durch eigenverantwortliche Planung, Durchführung, Dokumentation und Überprüfung, erbracht würden. Der Auftraggeber sei dem Auftragnehmer nicht weisungsbefugt. Dem sei zu entgegnen, dass die Pflegekräfte in Dienstpläne eingetragen worden seien und somit ihre Arbeitszeit nicht hätten frei einteilen können. Sie hätten bezüglich der Arbeitsleistung auch keine wirkliche Freiheit gehabt, da die A. ihre Tätigkeit, nicht anders als bei den angestellten Pflegekräften, durch einen Organisations- bzw. Dienstplan geregelt habe. Die Pflegekräfte hätten in zeitlicher Hinsicht dem Weisungsrecht der Klägerin unterlegen. Dienstpläne seien einseitig aufgestellt worden. Auch wenn die Pflegekräfte jeweils angeben hätten, wann und wie lange sie hätten arbeiten wollen und sich die Klägerin hieran gehalten habe, ändere dies nichts an der Tatsache, dass es sich hierbei um eine einseitige Maßnahme und nicht um eine vertragliche Vereinbarung gehandelt habe. Es sei durchaus nicht ungewöhnlich, dass ein Arbeitgeber bei der Ausübung seines Weisungsrechts auf die Wünsche seines Arbeitnehmers eingehe. Zudem sei es gerade bei Teilzeitkräften sinnvoll, diese nach den möglichen Einsatzzeiten zu befragen. Auch sei der Ort der Leistungserbringung von der Klägerin vorgegeben. Verträge seien zwischen der Klägerin und den Pflegebedürftigen bzw. deren Verwandten geschlossen worden. Hierin sei der Rahmen der Pflegetätigkeit festgelegt worden. Abrechnungen mit den Pflegebedürftigen bzw. Krankenkassen seien durch die Klägerin erfolgt und nicht durch die Pflegekräfte. Die Preise seien somit vorgegeben gewesen und hätten in festgelegten Stundensätzen bestanden. Nach der Rechtsprechung des Landessozialgerichts Baden-Württemberg sei ausgeschlossen, dass eine selbständige Tätigkeit von Pflegekräften vorliegt, wenn Pflegeverträge zwischen der Einrichtung und den Pflegebedürftigen gemacht worden seien. Ein unternehmerisches Auftreten am Markt finde nicht statt. Die Pflegekräfte würden kein Unternehmerrisiko tragen. Insbesondere sei die Höhe der Vergütung nicht vom Erfolg der Betreuung abhängig. Die Pflegekräfte würden damit keinem Verlustrisiko unterliegen, das mit dem selbständig Tätiger vergleichbar sei. Die Entlohnung gleiche der von Arbeitnehmern. Eigenes Material bzw. Hilfsmittel seien durch die Pflegekräfte ebenfalls nicht eingesetzt worden. Insgesamt sei ein Unterschied zu fest angestellten Pflegekräften nicht erkennbar. Dass die Pflegekräfte Tätigkeiten dieser Art für verschiedene Einrichtungen erbracht hätten, sei kein Indiz für eine selbständige Tätigkeit. Vielmehr handele es sich um eine Mehrfachbeschäftigung (mehrere abhängige Beschäftigungen). Im Hinblick auf die Beigeladene Ziff. 2 seien Rechnungen für die Tätigkeit vom 31.07.2005 bis 27.11.2005 als Planerin einer neuen Wohnebene für Kurzzeitpflege bei der Berechnung des beitragspflichtigen Entgeltes zugunsten der Klägerin nicht berücksichtigt worden, da diese besondere Tätigkeit als selbständige Tätigkeit glaubhaft gemacht worden sei. Soweit für die Beigeladene Ziff. 3 von der Klägerin geltend gemacht worden sei, diese sei durch einen Bescheid der ehemaligen BfA vom 03.08.2004 von der Versicherungspflicht nach [§ 2 Satz 1 Nr. 9 SGB VI](#) entbunden worden, sei ein solcher Bescheid - nach Rechtsprechung des LSG Baden-Württemberg - für die Beklagte hinsichtlich der sozialversicherungsrechtlichen Bewertung der von einer Pflegekraft im konkreten Einzelfall ausgeübten Tätigkeit als abhängige Beschäftigung oder selbständige Tätigkeit nicht bindend. Eine Feststellungswirkung sei in diesem Sinne gesetzlich nicht festgelegt.

Hiergegen erhob die Klägerin mit Schreiben vom 03.09.2007 Widerspruch und verwies zur Begründung auf den bisherigen Vortrag.

Am 19.09.2007 erließ die Beklagte einen Änderungsbescheid, mit dem sie die Nachforderung auf den Betrag von 51.294,17 EUR beschränkte und von der Erhebung der Säumniszuschläge absah. Die Voraussetzungen dafür lägen nicht vor, da die fehlende Verbeitragung zwar auf grober Fahrlässigkeit der Klägerin, nicht jedoch auf Vorsatz beruhe.

Mit Widerspruchsbescheid vom 22.11.2007 wies die Beklagte den Widerspruch, soweit ihm nicht abgeholfen worden war, als unbegründet zurück. Zur Begründung führte die Beklagte aus, aufgrund der vorliegenden Umstände sei von einer Integration der "selbständigen" Pflegekräfte in die Betriebsorganisation der Klägerin auszugehen. Im Pflegebereich sei es aufgabenimmanent, dass den Pflegekräften hinsichtlich der einzelnen Arbeitsschritte keine konkreten Vorschriften gemacht würden, dies bedeute jedoch nicht, dass sie in der Gestaltung ihrer Arbeit frei seien. Die Arbeit habe vielmehr im Rahmen der betrieblichen Gegebenheiten bzw. des betrieblichen Pflegekonzepts zu erfolgen. Auch habe die Beklagte keine Zweifel, dass die Pflegeleitung berechtigt gewesen sei, im Einzelfall Anweisungen zu geben, die Pflege anders zu handhaben, als es sich die Pflegekräfte selbst vorstellten. Nach den eindeutigen Aussagen der Heimleitung der Klägerin seien nämlich die "selbständigen" Pflegekräfte mit den abhängig beschäftigten Pflegekräften in jeglicher Hinsicht gleich behandelt worden. In diesem Licht müsse das Kriterium der eigenverantwortlichen Ausübung der Tätigkeit betrachtet werden. Die Tätigkeit bringe zwar aufgrund ihrer typischen, allgemein üblichen Merkmale eine gewisse Selbständigkeit mit sich. Dies sei dann aber kein Indiz für eine selbständige Tätigkeit, sondern ebenso für eine abhängige Beschäftigung. In diesem Zusammenhang sei auch von Bedeutung, dass die Pflegekräfte der Klägerin nicht ein Arbeitsergebnis, sondern ihre Arbeitskraft geschuldet hätten. Dies ergebe sich bereits aus den eingereichten Abrechnungen, die ausschließlich auf der abgeleisteten Arbeitszeit beruhen würden.

Am 27.12.2007 erhob die Klägerin Klage zum Sozialgericht Reutlingen. Zur Begründung der Klage wurde vorgetragen, die Beigeladene Ziff. 1 sei der Klägerin durch die H. H. Vermittlungsdienst für freiberufliches Pflegepersonal GmbH für den Zeitraum vom 10.06. bis 22.06.2003 vermittelt worden. Vertragliche Grundlage hierfür seien zum einen eine Provisionsvereinbarung zwischen dem H. H. Vermittlungsdienst und der Klägerin gewesen und zum anderen ein Dienstleistungsvertrag zwischen der Klägerin als Auftraggeberin und der Beigeladenen Ziff. 1 als Auftragnehmerin. Der Vertrag habe ein Honorar von 24,20 EUR pro Stunde zuzügl. evtl. Wochenend- oder Nachtzuschläge vorgesehen. Als Spesenpauschale seien 16,20 EUR täglich angesetzt worden. Im Übrigen sollten die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der H. H. GmbH gelten, die als Anlage zum Dienstleistungsvertrag beigelegt gewesen seien. Die Allgemeinen Geschäftsbedingungen enthielten u.a. die folgenden Regelungen:

"§ 3 Weisungsbefugnis des Auftraggebers gegenüber dem Auftragnehmer

Der Auftraggeber ist dem Auftragnehmer während der zwischen dem Auftraggeber und dem Auftragnehmer vereinbarten Dienstzeiten nicht weisungsbefugt. Insbesondere hat der Auftraggeber keine Weisungsbefugnis im Hinblick auf die Gestaltung der Dienstzeiten.

§ 7 Freiberuflichkeit des Auftragnehmers

Der Auftragnehmer übt seine Tätigkeit freiberuflich aus. Der Auftragnehmer ist und wird nicht Angestellter des Auftraggebers. Der Einsatz ist zeitlich begrenzt. Der Auftraggeber ist nicht der einzige Kunde des Auftragnehmers.

§ 8 Schutzbestimmungen für Arbeitnehmer

Die besondere Fürsorgepflicht des Auftraggebers gegenüber seinen Angestellten finde auf diesen Vertrag keine Anwendung. Der Auftragnehmer kann - als freier Unternehmer - grundsätzlich auch mehr als zehn Stunden pro Tag eingesetzt werden.

§ 12 Verhinderung des Auftragnehmers wegen Krankheit

Falls der Auftragnehmer die Dienstleistung wegen Krankheit nicht erbringen kann, wird der Auftragnehmer den Auftraggeber umgehend informieren. Es besteht kein Anspruch auf Honorarfortzahlung im Krankheitsfall."

Die Beigeladene Ziff. 1 sei im Zeitraum 09.06. bis 22.06.2003 auf eigenen Wunsch regelmäßig 10 bis 12 Stunden täglich durchgängig von Montag bis Sonntag tätig gewesen. Die abhängig beschäftigten Mitarbeiter hätten hingegen regelmäßig weniger Stunden gearbeitet. Die Beigeladene Ziff. 2 trete nach eigenen Angaben seit 2002 als vielseitige "Pflegemanagerin" und damit Unternehmerin auf dem Markt auf und sei in M. wohnhaft. Sie nutze, wie andere freiberufliche Pflegekräfte, den Vermittlungsdienst H. H. und dessen Pflegebörse. Sie mache darüber hinaus Eigenwerbung und biete verschiedene Tätigkeiten an. Auf Anfrage der Klägerin habe die Beigeladene Ziff. 2 mitgeteilt, dass sie für ca. 50 Auftraggeber im Zeitraum 2002 bis 2007 ausschließlich selbständig tätig gewesen sei. Es handle sich dabei um Kliniken, Altenheime, Fernsehen (Teilnahme an Fernsehdiskussionen), Psychiatrien und Privatleute. Für die Klägerin sei sie im Prüfzeitraum 15.11.2004 bis 24.07.2005 als freiberufliche Fachkraft und in der Zeit vom 02.08.2006 bis 31.12.2006 als freiberufliche Fachkraft Nachschwache tätig gewesen. In der Zeit vom 31.07.2005 bis 27.11.2005 sei sie mit dem Aufbau einer neuen Wohnebene für Kurzzeitpflege befasst gewesen. Die Beigeladene Ziff. 2 habe auf Anfrage bestätigt, dass sie mit der Klägerin in den genannten Zeiträumen allein vier verschiedene Honorare vereinbart und damit Einfluss auf das Honorar genommen habe. Sie bekomme häufig Anfragen bzgl. unterschiedlichster Aufgabenstellungen, entscheide nach ihrem Interesse und lehne Aufträge auch ab, was immer wieder geschehe. Die Beigeladene Ziff. 2 habe ferner angegeben, dass sie Einfluss auf die Dienstplangestaltung genommen habe. Mit welchen anerkannten pflegerischen Mitteln sie ihr individuell am Patienten orientiertes und vereinbartes pflegerisches Ziel erreiche, könne ihr kein Auftraggeber vorgeben. Die Beigeladene Ziff. 2 sei freiwillig krankenversichert und auch freiwillig rentenversichert. Sie sei vom Finanzamt als Selbständige anerkannt. Auch die Beigeladene Ziff. 3 würde seit Jahren selbständig als Pflegerin auftreten. Sie sei nach eigenen Angaben seit mehreren Jahren für unterschiedlichste Auftraggeber tätig gewesen. Die Beigeladene Ziff. 3 nutze als Werbung und Forum den H. H. Vermittlungsdienst sowie Pflegebörsen. Die Beigeladene Ziff. 3 sei durch einen Bescheid der ehemaligen BfA vom 03.08.2004 ab dem 01.07.2003 von der Versicherungspflicht nach [§ 2 Satz 1 Nr. 9 SGB VI](#) entbunden, da sie anerkannt selbständig sei, jedoch nicht auf Dauer und im Wesentlichen nur für einen Auftraggeber tätig sei. Nicht überzeugen könne in diesem Zusammenhang die Ansicht der Beklagten, wonach der Entscheidung der BfA nicht die jetzt streitige Beschäftigung zugrunde gelegen habe. Die Beigeladene Ziff. 3 sei auch seinerzeit als selbständige Pflegekraft tätig gewesen. Am Sachverhalt habe sich nichts geändert. Auch die Beigeladenen Ziff. 4 bis 7 würden seit Jahren für unterschiedlichste Auftraggeber als selbständige Pflegekräfte auftreten. Die Klägerin habe auf Wunsch der Beigeladenen die Dienstpläne umgestaltet. Die Beigeladenen würden Werbung für ihre Tätigkeit betreiben. Der Beigeladene Ziff. 4 habe eine eigene Homepage. Die Beigeladene Ziff. 8 trete freiberuflich auf und lebe in T ... Weitere Angaben lägen nicht vor, da sie auf eine Anfrage der Klägerin nicht reagiert habe. Auch wenn die freiberuflich tätigen Pflegekräfte Pflegeleistungen bei der Klägerin erbracht hätten, habe keine persönliche Abhängigkeit im Einzelfall vorgelegen. Insofern unterscheide sich die vorliegende Fallkonstellation aufgrund der besonderen Umstände grundlegend von der von der Beklagten zitierten Rechtsprechung. Dort seien oftmals aus der Arbeitslosigkeit kommende Pflegekräfte ausschließlich für einen meist ambulanten Pflegedienst oder "Pflegeverein" tätig geworden. Die vorliegend tätigen Pflegekräfte hätten sich hingegen nach eigenen Angaben aus persönlichen Gründen für eine freiberufliche Tätigkeit entschieden. Diese würden auf der Hand liegen: Gute Verdienstmöglichkeiten, das Kennenlernen vieler neuer Betriebe und deren Arbeitsweise. Die Beigeladenen seien durchweg in der Vergangenheit für eine Vielzahl von Einrichtungen tätig geworden. Sie würden Aufträge auch ablehnen, wenn sie ihnen nicht passten. Sie würden durchweg bei ihren Auftraggebern eigene Pflegezeiten durchsetzen, von zumeist täglich 10 Stunden an 7 Tagen in der Woche, die nicht den Arbeitszeiten fest angestellter Mitarbeiter entsprechen würden und bei denen die Dienstpläne gesondert berücksichtigt werden müssten. Auf diese Weise komme eine freiberufliche Pflegekraft leicht auf 200 Stunden im Monat und habe trotzdem 10 Tage frei. Letztendlich würden sie damit Arbeitszeit und Arbeitsdauer vorgeben. Einrichtungen wie die Klägerin wollten mit dem Einsatz freiberuflicher Pflegekräfte kurzfristigen Personalbedarf abdecken und nicht festangestellte Arbeitnehmer durch (Schein-)Selbständige ersetzen. Man profitiere von der Qualifikation und der Professionalität der Pflegekräfte. Diese seien durchweg sozial abgesichert und zahlten eigenverantwortlich Beiträge zur Sozialversicherung.

Die Beklagte erließ am 07.07.2008 einen weiteren Änderungsbescheid, mit dem sie die Nachforderung auf 51.341,16 EUR bezifferte. Als Begründung der Änderung gab die Beklagte an, für die Beigeladenen 3 und 5 habe erst im Rahmen des Klageverfahrens die als Einzugsstelle zuständige Krankenkasse ermittelt werden können. Für die Beigeladene Ziff. 3 wurden nunmehr Beiträge für zwei Beschäftigungszeiträume vom 01.06.2005 bis zum 31.10.2005 und vom 01.12.2006 bis zum 31.12.2006 erhoben, für den Beigeladenen Ziff. 5 für einen Beschäftigungszeitraum vom 01.10.2005 bis zum 30.11.2005.

Mit Beschluss des Sozialgerichts vom 18.12.2008 wurden die betroffenen Pflegekräfte S. B., C. H.-K., I. D., B. H., G. B., Ch. R., S. B., S. S. zum Rechtsstreit notwendig beigeladen. Ebenfalls beigeladen wurden die betroffenen Kranken- und Pflegekassen sowie die Bundesagentur für Arbeit.

Die Beigeladene 7 ließ vortragen, sie sei entgegen der Auffassung der Beklagten selbständig tätig und nicht abhängig beschäftigt gewesen. Sie werbe auf der Internetseite des H. H. Vermittlungsdienstes für Freiberufler und Selbständige für sich. Hauptberuflich arbeite sie als Angestellte. Ihre selbständige Tätigkeit biete sie nur für überschaubare Zeiträume an. Sie sei nicht in die straffe Organisation der Klägerin eingebunden gewesen. Zu Beginn des Vertragsverhältnisses habe sie lediglich mitgeteilt bekommen, für welche Personen sie zuständig sei. Anders als die angestellten Pflegekräfte sei es ihr frei gestellt gewesen, wie sie ihre Pflege gestalte.

Die Beigeladene 2 ließ ebenfalls vortragen, dass sie selbständig tätig und nicht abhängig beschäftigt gewesen sei. Sie sei ausgebildete Krankenschwester, Fachschwester für Intensivpflege sowie ausgebildete Pflegemanagerin. Sie sei seit 2002 für ca. 50 Auftraggeber tätig

gewesen. Im Zusammenhang mit der "Pflege am Bett" biete sie auch Management-Dienstleistungen an. Ihre Tätigkeit müsse einheitlich qualifiziert werden. Anders als die angestellten Pflegekräften, deren Pflgetätigkeit nach einem festen einheitlichen Ablauf erfolge, sei sie nicht an diese Routinen gebunden gewesen und habe völlig anders gearbeitet. Ihre Pflege richte sich nach den Bedürfnissen der Bewohner und nicht nach dem Zeitplan eines Gesundheitsbetriebes. Hieraus ergebe sich, dass sie nicht in den Betrieb der Klägerin eingegliedert gewesen sei. Sie fühle sich durch die lapidare Einstufung der Beklagten als "abhängig Beschäftigte" herab qualifiziert. Sie verfolge ein eigenes qualifiziertes Pflegekonzept und vermittele dies auch an Gesundheitsbetriebe, um die Pflegequalität insgesamt zu erhöhen, vertrete diese Konzeption auch in der Öffentlichkeit und setze sich dafür ein.

Mit Urteil vom 19.04.2010 wies das Sozialgericht die Klage ab. Die Beklagte habe die Beigeladenen Ziff. 1 - 8 auf der Grundlage von § 28 p Abs. 1 Viertes Buch, Sozialgesetzbuch (SGB IV) zutreffend als versicherungspflichtige Arbeitnehmer und nicht als selbständige Unternehmer eingestuft. Beurteilungsmaßstab für das Vorliegen einer abhängigen Beschäftigung sei [§ 7 Abs 1 SGB IV](#), wonach unter Beschäftigung die nichtselbständige Arbeit zu verstehen sei, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis. Anhaltspunkte für eine Beschäftigung seien eine Tätigkeit nach Weisungen und eine Eingliederung in die Arbeitsorganisation des Weisungsgebers. Versicherungspflichtiger Arbeitnehmer sei hiernach, wer von einem Arbeitgeber persönlich abhängig sei. Persönlich abhängig sei bei einer Beschäftigung in einem fremden Betrieb derjenige, der in den Betrieb eingegliedert sei und einem Weisungsrecht des Arbeitgebers unterliege, das Zeit, Dauer und Ort der Arbeitsausführung umfasse. Kennzeichnend für eine selbständige Tätigkeit sei das eigene Unternehmerrisiko, die Verfügungsmöglichkeit über die eigene Arbeitskraft und die Möglichkeit, frei über Arbeitsort und Arbeitszeit zu verfügen. Nicht ausschlaggebend seien die Bezeichnungen, die die Beteiligten des Rechtsverhältnisses sich selbst gegeben hätten oder gar die von ihnen gewünschten Rechtsfolgen. Maßgeblich sei vielmehr wie das Vertragsverhältnis tatsächlich durchgeführt wurde. Weise eine Tätigkeit Merkmale auf, die für Abhängigkeit und für Unabhängigkeit sprächen, sei entscheidend, welche Merkmale das Übergewicht hätten. Maßgebend sei stets das Gesamtbild der Arbeitsleistung. Im Verhältnis der Klägerin zu den Beigeladenen 1 - 8 würden sowohl Kriterien gegen als auch für eine abhängige Beschäftigung vorliegen. Entscheidend sei daher gewesen, welche Merkmale überwogen hätten und welche Merkmale für das Verhältnis zwischen der Klägerin und den Beigeladenen besonders prägend gewesen sei. Die Würdigung der Gesamtumstände habe ergeben, dass die Beigeladenen Ziff. 1 - 8 in der streitgegenständlichen Zeit nicht selbständig tätig, sondern bei der Klägerin abhängig beschäftigt gewesen seien. Den Beigeladenen Ziff. 1 - 8 habe zwar - entsprechend den AGB der H. H. GmbH - keine Lohnfortzahlung im Krankheitsfall und auch kein bezahlter Urlaub zugestanden. Allerdings seien ein Anspruch auf Urlaub und Lohnfortzahlung im Krankheitsfall Folgen einer abhängigen Beschäftigung. Wenn den Beigeladenen ein hohes Maß an Selbständigkeit bei der Aufgabenerfüllung übertragen worden sei, entspreche dies den Diensten höherer Art, bei denen das Weisungsrecht des Arbeitgebers von vornherein eingeschränkt sei. So seien beispielsweise auch Chefärzte als Arbeitnehmer anzusehen. In ähnlicher Weise hätten auch geprüfte Altenpfleger ein hohes Maß an Eigenverantwortlichkeit und Selbständigkeit aufzuweisen, weil es ihnen obliege, selbständig über den Einsatz erforderlicher Hilfsmittel und Maßnahmen in der jeweiligen Situation zu entscheiden (Bayerisches LSG, Ur. v. 13.07.2005, Az.: [L 5 KR 187/04](#), m.w.N.). Eine Herabqualifizierung sei damit nicht verbunden. Die Beurteilung einer Tätigkeit als abhängige Beschäftigung beinhalte keinerlei wertmindernde Aussage bezüglich deren Qualifikation. Nicht maßgeblich sei, dass die Beigeladenen auch für eine Vielzahl anderer Auftraggeber tätig gewesen seien, möglicherweise direkt mit verschiedenen Pflegebedürftigen Verträge geschlossen hätten und als selbständige Pflegekräfte am Markt aufgetreten seien. Dies bleibe ohne maßgeblichen Einfluss auf die vorliegend allein zu beurteilende Tätigkeit bei der Klägerin. Aus diesem Grund könne auch einem Bescheid, in dem - wie im Fall der Beigeladenen Ziff. 3 - eine Rentenversicherungspflicht gem. [§ 2 S. 1 Nr. 9 SGB VI](#) verneint worden sei, keine allgemeine Bindungswirkung zukommen, da unterschiedliche Auftragsgestaltungen abweichende rechtliche Beurteilungen nach sich ziehen würden. Die Klägerin und die Beigeladenen hätten hier zwar den erkennbaren Willen gehabt, kein abhängiges Beschäftigungsverhältnis zu begründen. Dieser Wille könne jedoch erst dann Bedeutung für die Qualifikation der Art der Beschäftigung haben, wenn die tatsächliche Ausgestaltung der Beziehung gleichermaßen für Selbständigkeit wie für eine abhängige Beschäftigung spreche (Seewald in Kasseler Kommentar zum Sozialversicherungsrecht, [§ 7 SGB IV](#) Rz 75). Vorliegend würden jedoch die Merkmale für eine abhängige Beschäftigung überwiegen. Nach der Rechtsprechung des Bayerischen Landessozialgerichts bestehe bei regelmäßiger Erbringung von Pflegeleistungen für eine stationäre Einrichtung in aller Regel ein Beschäftigungsverhältnis, (Bayerisches LSG, a.a.O.; LG Hamburg, Urteil vom 11.01.1995, Az.: [315 U 128/94](#); Juris). Die Beigeladenen hätten im Rahmen ihrer Tätigkeit für die Klägerin fremdbestimmte Arbeit in einer von fremder Hand vorgegebenen Unternehmensorganisation geleistet und letztlich die gleichen Aufgaben verrichtet, für die zuvor, danach und auch zeitgleich (z.B. während anderer Schichten) abhängig Beschäftigte eingesetzt worden seien. Ein maßgeblicher Unterschied in der Aufgabenübertragung im Vergleich zu den abhängig Beschäftigten sei nicht ersichtlich geworden. Dass die Beigeladenen mehr Stunden gearbeitet hätten, sei für die Abgrenzungsfrage einer abhängigen Beschäftigung zur Selbständigkeit ohne Relevanz. Maßgeblich gegen die Selbständigkeit der Beigeladenen spreche hingegen, dass diese schon unter rein tatsächlichen Gegebenheiten die geschuldete Tätigkeit zwingend in den Räumen der Klägerin hätten ausüben müssen und dort die gesamte betriebliche Struktur der Klägerin genutzt hätten. Die Klägerin habe vorgegeben, welche Patienten von den Beigeladenen zu pflegen gewesen seien und habe hiernach die Einteilung in Dienstpläne vorgenommen. Auch wenn hierbei die Vorstellungen der Beigeladenen berücksichtigt wurden, stelle dies eine Eingliederung in den Betrieb der Klägerin dar. Der Vortrag, die Beigeladenen hätten den Auftrag der Klägerin auch ablehnen können, führe nicht zur Annahme von Selbständigkeit. Auch jedem Arbeitnehmer sei es frei gestellt, ob er einen Arbeitsvertrag schließe oder nicht. Die Beigeladenen seien gegenüber den Pflegebedürftigen und deren Angehörigen - ebenso wie eine angestellte Pflegekraft - nicht in eigenem Namen und auf eigene Rechnung aufgetreten. Den Pflegebedürftigen und deren Angehörigen dürfte die vertragliche Beziehung der Beigeladenen zur Klägerin völlig unbekannt gewesen sein. Auch für ein tatsächlich bestehendes Unternehmerrisiko, welches für eine selbständige Tätigkeit besonders prägend sei, liege nicht vor. Die Beigeladenen hätten kein Verlustrisiko zu befürchten. Ihnen habe ein vom Erfolg unabhängiger Stundenlohn zugestanden, so dass der Verdienst wie bei einem abhängig Beschäftigten rein vom zeitlichen Arbeitseinsatz abhängig gewesen sei. Gegen eine Selbständigkeit spreche zuletzt auch, dass die Pflegeleistung durch die Beigeladenen höchstpersönlich habe erbracht werden müssen und sich die Beigeladenen im Falle der Krankheit bei der Klägerin hätten abmelden müssen. In einem solchen Fall habe die Klägerin für Ersatz gesorgt. Dies entspreche der Situation in einem abhängigen Beschäftigungsverhältnis. Die Beklagte habe deshalb von der Klägerin als Arbeitgeber und damit Beitragsschuldner zutreffend Sozialversicherungsbeiträge eingefordert. Die Beitragsnachforderung sei auch der Höhe nach rechtmäßig. Eine fehlerhafte Berechnung sei weder gerügt noch sonst ersichtlich.

Gegen das ihren Bevollmächtigten am 26.05.2010 zugestellte Urteil hat die Klägerin am 24.06.2010 Berufung eingelegt. Die Beigeladenen Nr. 2 und 7, deren Prozessbevollmächtigten das Urteil ebenfalls am 26.05.2010 zugestellt worden war, haben am 25.06.2010 Berufung eingelegt.

Die Klägerin lässt zur Begründung ihrer Berufung ausführen, das Sozialgericht verkenne die Besonderheiten der vorliegenden Fallgestaltung.

In der Konsequenz bedeute die Entscheidung des Sozialgerichts, dass ein Altenpfleger in einer stationären Einrichtung nie eine selbständige Dienstleistung ausüben könne, was angesichts der grundgesetzlich geschützten Vertragsfreiheit in einer postindustriellen Dienstleistungsgesellschaft unzulässig sei. Vertiefend zu dem Vorbringen aus dem Klageverfahren wird geltend gemacht, durch die Angaben der Beigeladenen zu ihrer Verfügbarkeit auf der Homepage des Vermittlungsdienstes seien Arbeitsort und die Arbeitszeiten von den Beigeladenen selbst vorgegeben worden. Die Einrichtung habe sich danach richten müssen. Bezüglich der Weisungsgebundenheit sei der Hinweis auf die Tätigkeit von Chefarzten nicht überzeugend. Weisungsfrei können auch solche Tätigkeiten sein, bei denen einem Beschäftigten zwar die Ziele seiner Tätigkeit vorgegeben würden, jedoch die Art und Weise, wie er diese erreiche, seiner eigenen Entscheidung überlassen bleibe. Auch Selbständige könnten in ihren Handlungsmöglichkeiten begrenzt sein, allerdings nicht durch Einzelanordnungen, sondern durch Regeln oder Normen, die die Grenzen ihrer Handlungsfreiheit mehr in generell-abstrakter Weise umschreiben ([BSGE 36, 7](#), 10 f; zit. aus BSG, Urt. 12.02.2004 Az: B 12 1CR 26/02 "VHS-Dozentin"). Die Beigeladenen Ziffer 2 und 7 hätten anschaulich vorgetragen, dass sie ihre Arbeit frei ausübten und sich dabei selbstverständlich an die Pflegestandards der Sozialversicherung hielten, die für jede stationäre Einrichtung verbindlich seien. Die Klägerin habe jedenfalls keine Einzelanordnungen gegeben. Es sei im Gegenteil gerade ein Vorteil für die Klägerin gewesen, dass die Beigeladenen als erfahrene Pflegefachkräfte die Pflege der Patienten selbständig erledigten. Dass die Dienstleistungen der Beigeladenen in den Räumlichkeiten der Klägerin verrichtet worden seien, liege in der Natur der Sache und habe dem Dienstleistungskonzept der beigeladenen Pflegefachkräfte entsprochen. Die Klägerin als Abnehmerin der Dienstleistung habe es als Teil des Dienstleistungsvertrages angesehen, dass von ihr die betrieblichen Strukturen wie Dienst- und Pflegepläne, Gerätschaften, Verbands- und Pflegemittel gestellt würden. Dies hätte auch anders geregelt werden können, etwa durch die wenig zweckmäßige vertragliche Verpflichtung, eigene Gerätschaften wie Rollator, Verbands- und Pflegemittel mitzubringen und einen eigenen Pflegeplan zu entwickeln. Ein Pflege- und Dienstplan sei jedoch dazu da, Abläufe zu erleichtern und die Dienstleistungen der Beigeladenen mit den Arbeitnehmern zu koordinieren und diese weitgehend zu integrieren. Alles andere hätte die Vertragsgestaltung und die betrieblichen Abläufe verkompliziert und verteuert und wäre schnell als wenig effizient vom Markt verdrängt worden. Der Dienstplan habe neben der Arbeitseinteilung gerade auch dem sozialversicherungsrechtlichen Zweck gedient, die Abdeckung durch Pflegefachkräfte sicherzustellen. Das Sozialgericht würdige zu Unrecht gegen eine Selbständigkeit, dass die Beigeladenen gegenüber den Pflegebedürftigen und ihren Angehörigen nicht im eigenen Namen und auf eigene Rechnung aufgetreten seien. Dies spreche nicht gegen eine Selbständigkeit, da die Beigeladenen nach ihrem Dienstleistungskonzept allein gegenüber der Einrichtung und nicht gegenüber den Pflegebedürftigen oder gar deren Angehörigen vertraglich verpflichtet seien. Alles andere sei theoretisch zwar machbar, jedoch nicht praktikabel, da die Pflegebedürftigen nun einmal nur mit der stationären Einrichtung eine vertragliche Beziehung hätten. Es spreche nicht gegen eine Selbständigkeit, dass die Beigeladenen im Falle der Krankheit nicht für Ersatz hätten sorgen müssen. Ein derartiger Ausschluss sei durchweg zugunsten der Beigeladenen erfolgt und habe von diesen vertraglich offenbar ohne Weiteres durchgesetzt werden können. Ein derartiger Ausschluss könne letztlich auch nicht entscheidend für die Abgrenzung zur Selbständigkeit sein, da er vertraglich ohne weiteres abdingbar sei. Es stehe den Vertragspartnern frei, eine derartige Obliegenheit zur Ersatzstellung im Krankheitsfall zulasten der Einrichtung auszuschließen und sich somit nicht Schadensersatzansprüchen auszusetzen. Es habe aufgrund des Dienstleistungskonzepts der Beigeladenen auch ein Unternehmerrisiko bestanden und zwar das Risiko, für die auf der Homepage des Vermittlungsdienstes angegebene Zeit nicht gebucht zu werden und damit keinen Lohn zu erhalten. Gleiches gelte für Urlaub und Krankheit. Dem gegenüber habe jedoch die Chance bestanden, innerhalb des gewünschten Zeitraums durch eine überdurchschnittliche Vergütung etwas "auf die Seite" zu legen. Es mache die Besonderheit des vorliegenden Falls aus, dass hier gerade keine regelmäßige Pflegeleistung für eine stationäre Einrichtung vorliege mit allen Vorzügen eines regelmäßigen Einkommens und regelmäßiger Arbeitszeiten. Die Unsicherheit sei hier real und gewollt, da sie mit höheren Verdienstmöglichkeiten, mehr Freiheit in der Arbeits- und Freizeitgestaltung und größerer Abwechslung in der Tätigkeit an wechselnden Einsatzorten einhergehe. Aus Sicht der Klägerin wie auch der Beigeladenen stelle es daher das entscheidende Kriterium zugunsten der Selbständigkeit dar, dass die Beigeladenen als eigenständige Akteure des Pflegemarktes mit reellem Unternehmerrisiko auftreten würden. Der Markt für Pflegeleistungen sei sehr nachgefragt, so dass sich hier die selbständige Pflegefachkraft und die nachfragende stationäre Einrichtung durchaus auf Augenhöhe begegneten. Kennzeichnend sei, dass hier ein eigenständiges Auftreten am Markt gegenüber einer Vielzahl stationärer Einrichtungen vorliege, welches freiwillig und auf Eigeninitiative geschehe und nicht wie in den Fällen von Scheinselbständigkeit von einem Auftraggeber veranlasst werde. Das Gesamtbild der Dienstleistung unterscheide sich damit wesentlich von Arbeitnehmern in stationären Pflegeeinrichtungen, deren Tätigkeit gerade auf Dauer für nur einen Auftraggeber angelegt sei.

Die Beigeladenen Ziff. 2 und 7 haben sich inhaltlich den Ausführungen der Klägerin im Wesentlichen angeschlossen und ergänzend ausgeführt, eine abhängige Beschäftigung sei nicht mehr anzunehmen, wenn Weisungsgebundenheit vollständig entfalle. Dies sei bei den Beigeladenen zu 2) und 7) der Fall. Sie hätten sowohl über ihre Arbeitskraft, über Arbeitszeit und Arbeitsort frei verfügen können und hätten sich nicht in eine fremde Arbeitsorganisation eingegliedert. Hierbei sei zu berücksichtigen, dass es aus den Besonderheiten des hier zur Überprüfung stehenden Sachverhalts, dem Betrieb eines Pflegeheimes, resultiere, dass eben gewisse Grundstrukturen (aufgrund Alters und Krankheit der Patienten sowie aufgrund gesetzlicher Vorschriften) vorgegeben sein müssten. Aufgrund dessen müsse auch eine hiervon losgelöste Prüfung der Tätigkeit der Beigeladenen zu 2) und zu 7) erfolgen, da es ansonsten nicht möglich wäre, in einer Pflegeeinrichtung selbstständig tätig zu sein. Ob das Kriterium, dass Unterschiede zwischen der Arbeit der Beigeladenen und der Arbeit der abhängig beschäftigten Pflegekräfte erkennbar sein müssten, überhaupt zur Ermittlung einer Selbständigkeit herangezogen werden könne, erscheine fraglich, da dies dazu führe, dass letztlich eine Pflegekraft nicht selbstständig arbeiten könne, da immer eine Vergleichbarkeit mit den Tätigkeiten der angestellten Pflegekräfte bestehen würde. Es gebe aber auch Tätigkeiten in ein und demselben Unternehmen, die sowohl in abhängiger Beschäftigung als Arbeitnehmer verrichtet werden könnten als auch in selbstständiger Tätigkeit. So könnten in einem Versicherungsunternehmen sowohl angestellte Außendienstmitarbeiter beschäftigt werden, aber auch Versicherungsvertreter auf selbstständig tätiger Basis. Auch in diesen Fällen würden Unterschiede in der Tätigkeit nicht feststellbar sein, der Status von selbstständigen Außendienstmitarbeitern aber nicht anzuzweifeln sein. Die Arbeit der Beigeladenen zu 2) und zu 7) unterscheide sich zudem deutlich von der der angestellten Pflegekräfte. Die Ausführungen des Sozialgerichts und der Beklagten zum Unternehmerrisiko überzeugten ebenfalls nicht. Die Definition eines Unternehmerrisikos, das erst dann bestehe, wenn bei Arbeitsmangel nicht nur kein Einkommen und kein Entgelt aus Arbeit erzielt werde, sondern zusätzlich auch Kosten für betriebliche Investitionen und/oder Arbeitnehmer anfielen oder früher getätigte Investitionen brachlägen, könne in Fällen wie dem hier vorliegenden, in welchen die Leistung im Einsatz von Wissen und Fähigkeiten bestehe und gerade nicht im Einsatz von Kapital, nicht herangezogen werden. Würde man diese Definition verwenden, wäre es für viele Berufsgruppen, deren Selbstständigkeit nicht in Zweifel zu ziehen sei, schwierig ein Unternehmerrisiko noch zu begründen. Wäre die vom Sozialgericht Reutlingen vorgenommene Abwägung zutreffend, gäbe es keine Möglichkeit mehr, für die Beigeladenen zu 2) und zu 7) ihrer Tätigkeit als Selbstständige nachzugehen. Dies komme insbesondere für die Beigeladene zu 2) einem Berufsverbot gleich, da sie erst durch ihre Tätigkeit "an der Basis" in Pflegeeinrichtungen letztlich ihre Qualifikation unter Beweis und auch ihre Konzepte vorstellen könne. Die Entwicklung eines auf einen einzelnen Gesundheitsbetrieb zugeschnittenen, hoch qualifizierten Pflegekonzepts sei nur möglich, wenn die

Beigeladene zu 2) an der Basis mitarbeite, so Problemfelder erkenne und letztlich Konzepte entwickeln könne. Die Beigeladene zu 2) habe auch Managementtätigkeiten ausgeführt, ein Pflegedokumentationssystem entwickelt und umgesetzt. Während der Zeit vom 02.08.2006 bis zum 31.12.2006 sei sie im Nachtbetrieb eingesetzt gewesen, um auch dort die geltenden Routinen zu überprüfen, da sie mit einer völlig anderen Pflegesystematik - und damit anders als die angestellten Pflegekräfte - arbeite. Die Auswirkungen der Einstufung der Beigeladenen zu 2) durch die Beklagte sei hier deutlich erkennbar: aufgrund der Einstufung als "abhängig beschäftigt" sei es nicht mehr dazu gekommen, dass die Beigeladene zu 2) noch ein weiteres Pflegekonzept für die Nachtschicht habe entwerfen können, da sie aufgrund des hiesigen Verfahrens durch die Klägerin nicht mehr gebucht worden sei.

Die Beigeladene Ziff. 7 hat ihre Berufung am 09.07.2012 zurück genommen.

Die Klägerin und die Beigeladene Ziff. 2 beantragen,

das Urteil des Sozialgerichts Reutlingen vom 19.04.2010 und den Bescheid der Beklagten vom 27.07.2007 in der Gestalt des Änderungsbescheides vom 19.09.2007, dieser in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 22.11.2007 und des Änderungsbescheides vom 07.07.2008 aufzuheben.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie hält die angegriffene Entscheidung für zutreffend und führt ergänzend aus, die Beigeladenen hätten nicht losgelöst von der betrieblichen Organisation der A. arbeiten können. Der Pflege- und Dienstplan diene nicht der lediglich lockeren Koordinierung ansonsten in völliger Selbstbestimmung handelnder Personen, sondern setze zwingende Regeln für die Ausgestaltung der Arbeit. Eine Pflegekraft sei in ihrer Tätigkeit einem viel engeren Regelungskorsett unterworfen und mehr in die betrieblichen Abläufe eingebunden als ein VHS-Dozent. Auch sei eine regelmäßige Dienstleistung nicht Voraussetzung einer abhängigen Beschäftigung; Mehrfachbeschäftigte würden nicht zu Selbständigen, weil sie mehrere Arbeitgeber hätten. Unternehmerische Risiken seien bei den Beigeladenen nicht erkennbar. Das Risiko, nicht durchgehend arbeiten zu können, sei zunächst ein Risiko, das auch jeden Arbeitnehmer treffe, der nur Zeitverträge bekomme oder auf Abruf arbeite und nach Stunden bezahlt werde oder unständig Beschäftigter sei. Es muss deshalb ein Wagnis bestehen, dass über dasjenige hinausgehe, kein Entgelt zu erzielen. Auch die Nichtgewährung von Entgeltfortzahlung im Urlaubs- oder Krankheitsfall sei kein Indiz für Selbständigkeit. Hier würden Ursache und Rechtsfolge verwechselt.

Die Beigeladenen Ziff. 13 und 20 haben sich den Ausführungen der Beklagten und des Sozialgerichts angeschlossen und schriftsätzlich ebenfalls beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie haben mit Schriftsatz vom 18.08.2010 ausgeführt, wenn die Klägerin darauf abstelle, dass man sich an die Veränderungen der Arbeitswelt anpassen müsse, so mute dies wie ein Rückschritt in die Zeit vor Einführung der Sozialversicherungssysteme an. Dies gelte insbesondere für die Nutzung von online-Vermittlungsbörsen. Es werde von Arbeitgeberseite zunehmend auf Stellenbesetzungen mit "Selbständigen" zurückgegriffen, der gut ausgebildete Arbeitnehmer finde keine Anstellung mehr und müsse seine Arbeitsleistung "frei" anbieten. Derartige Vermittlungsbörsen würden die Grundsätze der Sozialversicherung aushöhlen und machten sie auf Dauer unfinanzierbar. Die Folgen fehlender sozialer Absicherung gingen aber letztlich zu Lasten der Leistungsträger und der Allgemeinheit.

Der Senat hat die Beteiligten mit Schreiben vom 29.10.2012 auf das Urteil des 4. Senats des LSG Baden-Württemberg vom 19.10.2012 ([L 4 R 761/11](#)) hingewiesen sowie auf die darin vertretene Rechtsauffassung, dass einer selbständigen Pflegetätigkeit in einer Pflegeeinrichtung bereits entgegen steht, dass aufgrund der im Versorgungsvertrag des Heimträgers nach [§ 72 SGB XI](#) begründeten Verpflichtung des Pflegeheimes zu Gewährleistung einer Pflege "unter ständiger Verantwortung einer ausgebildeten Pflegefachkraft" ([§ 71 Abs. 2 Nr. 1 SGB XI](#)) sichergestellt sein muss, dass alle im Altenheim tätigen Pflegekräfte sich an die Vorgaben, die für den Abschluss des Versorgungsvertrages notwendig sind, halten. Die Beteiligten wurden ferner darauf hingewiesen, dass der Senat beabsichtigt, sich dieser Rechtsauffassung anzuschließen.

Die Beigeladene Ziff. 2 hat daraufhin vortragen lassen, die Einhaltung der gesetzlichen Vorschriften der [§§ 71 Abs. 2 Nr. 1, 72 Abs. 3 Satz 1 SGB XI](#) durch die jeweilige Pflegeeinrichtung bedeute nicht, dass nur abhängig beschäftigte Kräfte beschäftigt werden können, sondern auch selbstständige Kräfte, denn anderenfalls würden die Grundrechte eines Selbständigen auf freie Ausübung des Berufes erheblich eingeschränkt. Das Erfüllen von Vorgaben des jeweiligen Pflegeheimes durch die Pflegekräfte verlange nicht, dass diese nur abhängig beschäftigt werden könnten. Auch selbstständig tätige Pflegekräfte könnten die Vorgaben eines Pflegeheims und der gesetzlichen Vorschriften einhalten, ohne dass sie damit automatisch abhängig Beschäftigte seien. Alles andere würde letztendlich dazu führen, dass aufgrund der gesetzlichen Regelung im SGB nur noch abhängig Beschäftigte beschäftigt werden dürften. Das sei sicherlich rechtlich nicht gewollt und wäre auch unzulässig. Insbesondere unterliege diese Frage jeweils einer Einzelfallprüfung. Ein Unternehmerrisiko der Pflegekräfte bestehe schon deshalb, weil Entgeltansprüche dem Insolvenzrisiko des Trägers unterliegen würden. Ebenso bestehe das Risiko eines Verdienstaustauschs im Krankheitsfall. Aus dem Urteil des Bundessozialgerichts (BSG) vom 28.09.2011 ([B 12 R 17/09 R](#)) ergebe sich, dass eine Pflegekraft sehr wohl selbstständig tätig sein könne. In dieser Entscheidung werde ausdrücklich auch darauf abgestellt, dass für ein Unternehmerrisiko das Risiko der Kundeninsolvenz spreche. Dieses trete gerade im Gesundheitssektor nicht nur bei Krankenhäusern sondern auch bei Altenheimen immer wieder auf. So komme es immer wieder vor, dass Pflegekräfte ihre Honorare nicht erhielten. Dieses Risiko habe ein abhängig Beschäftigter nicht, da er Insolvenzausfallgelder erhalte.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sachverhalts und des Vorbringens der Beteiligten wird auf die Verwaltungsakten der Beklagten und die Gerichtsakten erster und zweiter Instanz Bezug genommen.

Entscheidungsgründe:

I.

Die Berufung der Klägerin ist gem. [§§ 143, 144 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1](#) Sozialgerichtsgesetz (SGG) ohne Zulassung durch das Sozialgericht statthaft; der Beschwerdewert des [§ 144 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 SGG](#) (750 EUR) ist bei einem streitigen Nachforderungsbetrag von zuletzt 51.341,16 EUR überschritten. Auch die Berufung der Beigeladenen Ziff. 2 ist statthaft, da für sie Sozialversicherungsbeiträge in Höhe von 19.077,88 EUR nachzuzahlen sind und damit auch für ihre Berufung der Beschwerdewert von 750 EUR überschritten ist. Außerdem wendet sie sich grundsätzlich gegen die in den angefochtenen Bescheiden enthaltene Feststellung der Versicherungspflicht für ihre Tätigkeit bei der Klägerin.

Die Berufungen sind auch sonst gem. [§ 151 SGG](#) zulässig.

Gegenstand des Verfahrens sind der Bescheid vom 27.07.2007 in der geänderten Fassung, die er durch den Bescheid vom 19.09.2007 erhalten hat, dieser wiederum in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 22.11.2007. Der während des Klageverfahrens erlassene Änderungsbescheid vom 07.07.2008, mit dem die Zeiten der Nachversicherung für die Beigeladenen Ziff. 3 und 5 konkretisiert wurden, ist nach [§ 96 SGG](#) bereits Gegenstand des Klageverfahrens geworden. Das Urteil des Sozialgerichts erstreckte sich auch auf diesen Änderungsbescheid, so dass der Senat einheitlich über die Berufung zu entscheiden hat.

Die Berufungen sind jedoch nicht begründet. Das Sozialgericht hat die Klage zu Recht abgewiesen. Die angefochtenen Bescheide sind rechtmäßig und verletzen weder die Klägerin noch die Beigeladene Ziff. 2 in ihren Rechten. Sie beruhen auf [§ 28p Abs. 1 SGB VI](#). Die Voraussetzungen dieser Vorschrift sind erfüllt. Die Beklagte hat für die Beschäftigung der Beigeladenen Ziff. 1 bis 8 - nach Maßgabe der während des Prüfzeitraums (01.01.2003 bis 31.12.2006) geltenden Gesetzesbestimmungen - zu Recht Sozialversicherungsbeiträge bzw. Umlagen nachgefordert.

II.

Gem. [§ 28p Abs. 1 Satz 1 SGB IV](#) prüfen die Träger der Rentenversicherung bei den Arbeitgebern, ob diese ihre Meldepflichten und ihre sonstigen Pflichten nach dem SGB IV, die im Zusammenhang mit dem Gesamtsozialversicherungsbeitrag entstehen, ordnungsgemäß erfüllen; sie prüfen insbesondere die Richtigkeit der Beitragszahlung und der Meldungen ([§ 28a SGB IV](#)) mindestens alle vier Jahre. Im Rahmen der Prüfung erlassen die Träger der Rentenversicherung Verwaltungsakte zur Versicherungspflicht und Beitragshöhe in der Kranken-, Pflege- und Rentenversicherung sowie nach dem Recht der Arbeitsförderung einschließlich der Widerspruchsbescheide gegenüber den Arbeitgebern ([§ 28p Abs. 1 Satz 5 SGB IV](#); vgl. dazu zur Zuständigkeit für den Erlass von Nachforderungsbescheiden auch LSG Baden-Württemberg, Beschl. v. 29.7.2010, - [L 11 R 2595/10 ER-B](#) -).

Versicherungspflicht zur Kranken-, Renten- Pflegeversicherung bzw. Beitragspflicht zur Arbeitslosenversicherung besteht für gegen Arbeitsentgelt Beschäftigte (§ 5 Abs. 1 Nr. 1 Sozialgesetzbuch (SGB) V, [§ 1 Satz 1 Nr. 1 SGB VI](#), [§ 20 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 SGB XI](#), [§ 25 Abs. 3 Satz 1 SGB III](#)), wobei die Pflicht des Arbeitgebers zur anteiligen Tragung der Beiträge aus [§ 249 Abs. 1 SGB V](#), [§ 168 Abs. 1 Nr. 1 SGB VI](#), [§ 58 Abs. 1 Satz 1 SGB XI](#) und [§ 346 Abs. 1 Satz 1 SGB III](#) folgt. Der Arbeitgeber muss die Beiträge als Gesamtsozialversicherungsbeitrag ([§ 28d SGB IV](#)) zahlen ([§ 28e Abs. 1 Satz 1 SGB IV](#)). Die Pflicht des Arbeitgebers zur Zahlung der U-1- und U-2-Umlagen ergibt sich aus [§ 7 Aufwendungsausgleichsgesetz \(AAG\)](#).

Gemäß [§ 5 Abs. 1 Nr. 1 SGB V](#), [§ 24 SGB III](#), [§ 1 Satz 1 Nr. 1 SGB VI](#) und [§ 20 SGB XI](#) setzt die Versicherungspflicht zur gesetzlichen Kranken-, Arbeitslosen-, Renten- und Pflegeversicherung jeweils ein Beschäftigungsverhältnis voraus. Beschäftigung ist die nichtselbstständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis ([§ 7 Abs. 1 Satz 1 SGB IV](#)).

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

Das für eine selbstständige Tätigkeit typische Unternehmerrisiko ist nicht mit einem Kapitalrisiko gleichzusetzen. Ein Kapitalrisiko, das nur zu geringen Ausfällen führt, wird das tatsächliche Gesamtbild einer Beschäftigung indessen nicht wesentlich bestimmen (BSG; Beschl. v. 16.08.2010, - [B 12 KR 100/09 B](#) -). Maßgebendes Kriterium für das Vorliegen eines Unternehmerrisikos ist, ob eigenes Kapital oder die eigene Arbeitskraft auch mit der Gefahr des Verlustes eingesetzt wird, der Erfolg des Einsatzes der sächlichen oder persönlichen Mittel also ungewiss ist. Allerdings ist ein unternehmerisches Risiko nur dann Hinweis auf eine selbstständige Tätigkeit, wenn diesem Risiko auch größere Freiheiten in der Gestaltung und der Bestimmung des Umfangs beim Einsatz der eigenen Arbeitskraft gegenüberstehen (BSG, U. v. 25.04.2012 - [B 12 KR 24/10 R](#) -).

Die Unterscheidung von Unternehmer- und Arbeitsplatzrisiko ist auch in der Rechtsprechung des Senats ein wichtiges, vielfach entscheidendes Kriterium für die sozialversicherungsrechtliche Beurteilung einer Tätigkeit. Es steht allerdings nicht für sich allein. Ob jemand abhängig beschäftigt oder selbstständig tätig ist, hängt davon ab, welche Merkmale überwiegen. Maßgebend ist stets das Gesamtbild der Arbeitsleistung. Dieses bestimmt sich nach den tatsächlichen Verhältnissen, also den rechtlich relevanten Umständen, die im Einzelfall eine wertende Zuordnung zum Typus der abhängigen Beschäftigung erlauben. Ob eine 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 hieraus gezogene Schlussfolgerung auf die tatsächlich gewollte Natur der Rechtsbeziehung gehen 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. In diesem Sinne gilt, dass die tatsächlichen Verhältnisse den Ausschlag geben, wenn sie von Vereinbarungen abweichen. Maßgeblich ist die Rechtsbeziehung so wie sie praktiziert wird und die praktizierte Beziehung so wie sie rechtlich zulässig ist (BSG, Urt. v. 29.08.2012, - [B 12 KR 25/10 R](#) -).

III.

Davon ausgehend sind die Tätigkeiten, die die Beigeladenen Ziff. 1 bis 8 bei der Klägerin während der in den (Änderungs-)Bescheiden vom 19.09.2007 und 07.07.2008 ausgewiesenen Zeiträume als Pflegekräfte ausgeübt haben, als eine zu allen Zweigen der Sozialversicherung versicherungspflichtige bzw. beitragspflichtige Beschäftigungen ([§ 7 Abs. 1 SGB IV](#)) einzustufen. Selbständige Erwerbstätigkeiten haben nicht vorgelegen.

Die Eigenart einer (Alten-)Pflegetätigkeit, deren Zeit, Ort und Inhalt zwingend von den weisungsberechtigten Pflegeeinrichtungen vorgegeben wird, die im Übrigen auch die benutzten Arbeitsmittel stellen, führt dazu, dass die regelmäßige Erbringung von Pflegeleistungen für einen anderen Vertragspartner als den Patienten grundsätzlich als Arbeitsverhältnis aufzufassen ist, es sei denn, es treten besondere Umstände hinzu, die die Abhängigkeit der Pflegekraft im Einzelfall aufheben (vgl. Landessozialgericht Hamburg Urt. v. 10.12.2012 - [L 2 R 13/09](#) - und Urt. v. 20.06.2012 - [L 2 R 115/10](#) -; Landessozialgericht Baden-Württemberg, Urt. v. 19.10.2012 - [L 4 R 761/11](#) -; Bayerisches Landessozialgerichts Urt. v. 13.07.2005 - [L 5 KR 187/04](#), Landessozialgerichts für das Land Nordrhein-Westfalen Urt. v. 20.07.2011 - L 8 R 531 und 534/10 -, jeweils in Juris). Dass der Gesetzgeber in [§ 2 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 SGB VI](#) selbst anerkennt, dass Pflegepersonen selbstständig sein können, führt nicht zur Aufhebung der Grundsätze der Abgrenzung zwischen abhängiger Beschäftigung und selbstständiger Tätigkeit für Fälle der vorliegenden Art. Mit der genannten Regelung zur Versicherungspflicht selbstständiger Pflegekräfte, die sich ausschließlich auf Kranken-, Wochen-, Säuglings- und Kinderpfleger beschränkt, die auf ärztliche Anordnung bzw. Verordnung tätig werden, und z.B. Altenpfleger nicht erfasst, wird lediglich klargestellt, dass der erfasste Personenkreis trotz seiner Weisungsabhängigkeit vom verordnenden Arzt nicht als abhängig beschäftigt anzusehen ist (LSG Hamburg, Urt. v. 10.12.2012, [a.a.O.](#) mit Hinweis auf Gürtner in: Kasseler Kommentar zum Sozialversicherungsrecht, 73. Ergänzungslieferung 2012, [§ 2 SGB VI](#), Randnr. 12).

Auch die aufgrund von Dienstleistungsverträgen für die Klägerin erbrachten, zeitlich begrenzten Pflegetätigkeiten der Beigeladenen stellen sich deshalb entgegen der Regelung in [§ 7](#) der Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Vermittlungsdienstes H. H., welche die Klägerin mit den Beigeladenen zum Gegenstand der jeweiligen Verträge gemacht hat, als abhängige Beschäftigung dar. Zwar ist in dieser Regelung festgehalten, dass der Auftragnehmer (Beigeladene) seine Tätigkeit freiberuflich ausübe und dass er nicht Angestellter des Auftraggebers (Klägerin) sei und werde. Die tatsächlich ausgeübte Tätigkeit der Beigeladenen in der Pflegeeinrichtung der Klägerin stellt sich aber aufgrund von Weisungsgebundenheit und Eingliederung in den Betrieb der Klägerin sowie fehlendem Unternehmerrisiko der Beigeladenen als abhängige Beschäftigung dar. Die formelle vertragliche Regelung in [§ 7](#) der AGB gibt das tatsächlich praktizierte Vertragsverhältnis zwischen der Klägerin und den Beigeladenen nicht wieder und ist daher für die Einordnung der Tätigkeit als abhängig oder selbständig nicht maßgebend.

Die Pflege in einem Alten- und Pflegeheim wird nach der Organisation der Einrichtung von einer Vielzahl von abhängig beschäftigten Pflegekräften sichergestellt. So sind bei der Klägerin mehr als 200 Mitarbeiter beschäftigt. Wird die Stelle einer Pflegefachkraft lediglich zeitlich begrenzt mit einer Ersatzkraft besetzt, so wird aufgrund der Eingliederung dieser Ersatzkraft in das Organisationsgefüge der Einrichtung deren Arbeitsleistung ebenfalls als abhängige Beschäftigung erbracht. Auch die Ersatzkraft ist hinsichtlich Arbeitszeit-, ort-, -dauer und ausführung weisungsgebunden in das Alten- und Pflegeheim eingegliedert. Sie muss sich den Weisungen der jeweiligen Pflegedienstleitung unterwerfen und mit den festangestellten abhängig Beschäftigten Pflegekräften Hand in Hand zusammenarbeiten. Ihre Arbeitsleistung unterscheidet sich nicht von denen der abhängig Beschäftigten. Davon gehen zutreffend und übereinstimmend der GKV-Spitzenverband, die Beklagte und die Bundesagentur für Arbeit ausweislich des Protokolls über die gemeinsame Besprechung über Fragen des Beitragseinzugs vom 08./09.05.2012 aus. Pflegepersonen, die zeitlich begrenzt in Alten- und Pflegeheimen tätig sind, um dort Krankheits- und Urlaubsvertretungen zu übernehmen oder sonstige außergewöhnliche Arbeitsbelastungen zu kompensieren, stehen deshalb wie das von ihnen vertretene Stammpersonal in einem abhängigen Beschäftigungsverhältnis.

Die Weisungsgebundenheit der in einer Pflegeeinrichtung tätigen Pflegekräfte und ihre Eingliederung in den Betrieb folgt schon aus den gesetzlichen Rahmenbedingungen, die dem Träger der Einrichtung vorgegeben sind, insbesondere aus den Vorschriften über die Zulassung zur Pflege durch einen Versorgungsvertrag nach [§ 72 SGB XI](#). Nach [§ 71 Abs. 2 Nr. 1 SGB XI](#) sind stationäre Pflegeeinrichtungen (Pflegeheime) im Sinne des SGB XI selbstständig wirtschaftende Einrichtungen, in denen Pflegebedürftige: 1. unter ständiger Verantwortung einer ausgebildeten Pflegefachkraft gepflegt werden, 2. ganztägig (vollstationär) oder nur tagsüber oder nur nachts (Teilstationär) untergebracht und gepflegt werden können. Nach [§ 72 Abs. 3 Satz 1 SGB XI](#) - in der bis 30. Juni 2008 und damit im Prüfungszeitraum vom 01.01.2003 bis 31.12.2006 geltenden Fassung des Gesetzes zur Qualitätssicherung und zur Stärkung des Verbraucherschutzes in der Pflege (Pflege-Qualitätssicherungsgesetz - PQsG -) vom 09.09.2001 (BGBl. 1, 5. 2320) - dürfen Versorgungsverträge nur mit Pflegeeinrichtungen abgeschlossen werden, die 1. den Anforderungen des [§ 71 SGB XI](#) genügen, 2. die Gewähr für eine leistungsfähige und wirtschaftliche pflegerische Versorgung bieten, 3. sich verpflichten, nach Maßgabe der Vereinbarungen nach [§ 80 SGB XI](#) einrichtungsintern ein Qualitätsmanagement einzuführen und weiterzuentwickeln; ein Anspruch auf Abschluss eines Versorgungsvertrages besteht, soweit und solange die Pflegeeinrichtung diese Voraussetzungen erfüllt. Allein diese gesetzlichen Regelungen im SGB XI für die Zulassung von stationären Pflegeeinrichtungen (Pflegeheimen) zeigen, dass alle in Pflegeheimen tätigen Pflegekräfte sich an den Vorgaben des jeweiligen Pflegeheimes ausrichten und diese bei ihrer Tätigkeit beachten müssen. Die Klägerin musste deshalb darauf achten, dass alle im Altenheim tätigen Pflegekräfte sich auch an die Vorgaben, die für den Abschluss des Versorgungsvertrages notwendig sind, halten. Sie hatte damit die Rechtsmacht, die Tätigkeit der Beigeladenen vorzugeben. Auch konnten die Beigeladene - wie alle anderen im Altenheim tätigen Pflegekräfte - nur unter der ständigen Verantwortung einer ausgebildeten Pflegefachkraft tätig sein. Unter ständiger Verantwortung im Sinne von [§ 71 Abs. 2 Nr. 1 SGB XI](#) steht die Versorgung nur, wenn eine verantwortliche Pflegefachkraft die den einzelnen Heimbewohnern zukommenden Pflegeleistungen zumindest in den Grundzügen selbst

festlegt, ihre Durchführung organisiert und ihre Umsetzung angemessen kontrolliert. Das Pflegegeschehen muss grundsätzlich in seiner Gesamtheit von verantwortlichen Pflegefachkräften angeleitet und überwacht werden. Zwar verlangt dies keine Rund-um-die-Uhr-Präsenz der verantwortlichen Pflegefachkraft. Jedoch würde eine nur partielle Befassung mit dem Pflegebedarf der Heimbewohner dem Auftrag der "ständigen" Verantwortung bereits dem Wortsinne nach nicht gerecht. [§ 71 Abs. 2 Nr. 1 SGB XI](#) bezweckt eine weitere Verbesserung der Pflegequalität durch ein zusätzliches personales Element (zum Ganzen: BSG, Urteil vom 22.04.2009 - [B 3 P 14/07 R](#) - [SozR 4-3300 § 71 Nr. 1](#) sowie LSG Baden-Württemberg, Urteil vom 19.10.2012 - [L 4 R 761/11](#) - in Juris).

Der Aufgabenbereich der Beigeladenen hat sich auch nicht von dem der abhängig beschäftigten Mitarbeiter unterschieden. Dies räumt die Beigeladene Ziff. 2 in ihrer Berufungsbegründung sogar ein, indem sie das Kriterium, dass Unterschiede zwischen der Arbeit der Beigeladenen und der Arbeit der abhängig beschäftigten Pflegekräfte erkennbar sein müssten, als Unterscheidungsmerkmal für die Ermittlung einer Selbständigkeit in Frage stellt, da dies dazu führe, dass letztlich eine Pflegekraft nicht selbstständig arbeiten könne, da immer eine Vergleichbarkeit mit den Tätigkeiten der angestellten Pflegekräfte bestehe.

Dass die Klägerin auch tatsächlich ihre Rechtsmacht und ihre Weisungsbefugnis ausgeübt hat, ergibt sich auch aus den mit den Beigeladenen vereinbarten vertraglichen Regelungen selbst. In § 3 Satz 1 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen ist ausdrücklich geregelt, dass der Auftraggeber dem Auftragnehmer die zu pflegenden Patienten/Heimbewohner zuweist. Diese Regelung entspricht eindeutig dem Direktionsrecht des Arbeitgebers. Wenn dort ferner in Satz 4 geregelt ist, dass der Auftraggeber dem Auftragnehmer während der vereinbarten Dienstzeiten nicht weisungsbefugt ist, so widerspricht dies den Pflichten der Klägerin als Heimträgerin aus [§ 71 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 SGB XI](#). Eine entsprechende Abbedingung der sachlichen Weisungsbefugnis ist deshalb für die Abgrenzung zwischen selbständiger und abhängiger Beschäftigung ebenso wenig maßgeblich wie die vertragliche Abbedingung der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers in § 8 oder der Ausschluss von Urlaubsanspruch und Lohnfortzahlung im Krankheitsfall in den §§ 6 und 12 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen. Die Beigeladenen waren aufgrund der Einbindung in die Betriebsorganisation der Klägerin hinsichtlich der Arbeitsabläufe sowie der Dokumentationspflichten gehalten, sich an die vorhandenen Gegebenheiten anzupassen. Wenn die Klägerin den Beigeladenen tatsächlich keine Einzelanweisungen gegeben hat, so ist dies bei einer innerhalb eines vorgegebenen Rahmens frei gestalteten Arbeitsleistung, insbesondere bei höher qualifizierten Tätigkeiten üblich, ohne dass dies einen Anhaltspunkt für eine Selbständigkeit ergebe. In der Gesamtwürdigung für die Annahme einer abhängigen Beschäftigung ist daher die Eingebundenheit der Beigeladenen in den Betrieb der Klägerin in den Vordergrund.

In der Berufungsbegründung räumt die Klägerin letztlich auch selbst ein, dass die Beigeladenen an den Pflege- und Dienstplan gebunden waren. Wenn sie darauf hinweist, dass ein Pflege- und Dienstplan dazu diene, Abläufe zu erleichtern und die Dienstleistungen der Beigeladenen mit den Arbeitnehmern zu koordinieren und diese weitgehend zu integrieren, so stellt sie damit genau die Anforderungen an eine Einbindung der Beigeladenen in den Betriebsablauf dar. Sie selbst führt aus, dass alles andere die Vertragsgestaltung und die betrieblichen Abläufe verkompliziert und verteuert hätte und wenig effizient gewesen wäre. Der Dienstplan habe - so die Klägerin - neben der Arbeitseinteilung gerade auch dem sozialversicherungsrechtlichen Zweck gedient, die Abdeckung durch Pflegefachkräfte sicherzustellen. Der Senat stellt daher auch auf der Grundlage dieser Angaben der Klägerin fest, dass die Beigeladenen in den Betriebsablauf der Klägerin in gleicher Weise wie die fest angestellten Pflegekräfte eingebunden waren.

Die dargestellte Einlassung der Klägerin steht auch der an anderer Stelle von ihr vertretenen Auffassung, die Beigeladenen seien in zeitlicher Hinsicht nicht weisungsgebunden gewesen, entgegen. Sie waren vielmehr mit dem einmal geschlossenen Zeitvertrag und aufgrund der diesem Vertrag zugrunde liegenden zeitlichen Absprachen in die Dienstpläne der Klägerin eingebunden und hatten innerhalb der vereinbarten Einsatzzeiten keine weiteren Handlungsspielräume. Sie schuldeten ihre Arbeitskraft in dem vereinbarten zeitlichen Rahmen. Dies spricht aber nicht für eine selbständige Tätigkeit, da Vereinbarungen über den zeitlichen Umfang einer Tätigkeit üblicherweise auch bei der Begründung eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses getroffen werden. Der vereinbarte zeitliche Rahmen nimmt mit 10 Stunden arbeitstäglich an 7 Tagen der Woche zudem einen Umfang an, dass den Beigeladenen jedenfalls innerhalb der für die Klägerin zu leistenden Tätigkeitszeiträume keine anderweitige Beschäftigung bei anderen Auftraggebern möglich war. Auch dies spricht für eine abhängige Beschäftigung.

Entgegen der Auffassung der Berufungsführerinnen bestand für die Beigeladenen in ihrer Tätigkeit für die Klägerin auch kein Unternehmerrisiko. Der Umstand, dass die Beigeladenen über die Vermittlungsbörse H. H. auf dem Pflegemarkt ihre Tätigkeit angeboten haben, ist kein Merkmal für ein unternehmerisches Handeln mit Unternehmerrisiko. Die Beigeladenen haben nicht mehr als ihre Arbeitskraft angeboten. Innerhalb der aufgrund des Vermittlungsdienstes begründeten Arbeitsverhältnisse stand ihnen aufgrund der Einbindung in die jeweilige Betriebsorganisation keinerlei unternehmerische Gestaltungsfreiheit zu. Insbesondere war ihr Verdienst allein davon abhängig, in welchem zeitlichen Umfang sie für die jeweiligen Auftraggeber tätig wurden. Die Chance länger und mehr zu arbeiten, um so ein höheres Entgelt zu erzielen, besteht aber auch für abhängig Beschäftigte. Die Beigeladenen treten auch gegenüber den zu Pflegenden nicht als Selbständige auf, sondern verrichten ihre Tätigkeit im Namen der Klägerin (vgl. auch § 11 AGB: "Die Dienstleistung wird vom Auftragnehmer im Namen des Auftraggebers erbracht."). Ein Kapitaleinsatz der Beigeladenen liegt ebenfalls nicht vor. Selbst die Kosten für Arbeitsmittel wie Schutzhandschuhe und Arbeitskleidung hat nach den Regelungen in §§ 4 und 5 der vereinbarten AGB der Auftraggeber zu tragen. So sind nach § 4 AGB die erforderlichen Hilfsmittel, insbesondere Schutzhandschuhe, zwar grundsätzlich vom Auftragnehmer zu stellen. Die dafür nachweisbaren Kosten hat indes der Auftraggeber zu tragen. Auch Arbeitskleidung hat der Auftragnehmer nur dann selbst einzusetzen, wenn der Auftraggeber keine spezielle Kleidung wünscht. Eine solche wäre vom Auftraggeber zur Verfügung zu stellen.

Die Berufungsführerinnen können sich auch nicht mit Erfolg auf die Rechtsprechung des Bayerischen Landessozialgerichts berufen. Dieses hat zwar entschieden, dass auch im Pflegebereich ein freies Mitarbeiterverhältnis begründet werden kann (Urt. v. 24.11.2009 - [L 5 R 867/08](#) - und 22.03.2011 - [L 5 R 627/09](#), jeweils Juris). Beiden Entscheidungen lagen aber Tätigkeiten im Bereich der ambulanten Pflege vermittelt über ambulante Pflegedienste zugrunde, die klagenden Pflegekräfte waren innerhalb ihrer Auftragsverhältnisse nicht zur höchstpersönlichen Auftragserfüllung verpflichtet, sondern konnten dazu Dritte als Erfüllungsgehilfen einsetzen und sie hatten jeweils Aufwendungen für Telefon, Büro und PKW, mit dem sie zu den jeweiligen Einsatzorten fuhren. Eine solche Tätigkeit ist mit der Arbeit innerhalb einer Pflegeeinrichtung nicht vergleichbar und kann im Einzelfall möglicherweise auch in Form der selbständigen Leistungserbringung verrichtet werden. Eine abweichende Würdigung der streitgegenständlichen Tätigkeiten der Beigeladenen für die Klägerin ergibt sich daraus aber nicht. Vielmehr hatte auch das Bayerische Landessozialgericht für eine Pfl egetätigkeit in einer stationären Einrichtung entschieden, dass hierfür in der Regel ein Beschäftigungsverhältnis besteht (Urt. v. 13.07.2005 - [L 5 KR 187/04](#) - in Juris). Die Entscheidungen zur Tätigkeit im

ambulanten Pflegedienst stehen dem nicht entgegen.

Die Beigeladene Ziff. 2 kann auch nicht mit Erfolg einwenden, eine Bewertung der von den Beigeladenen ausgeübten Tätigkeiten als abhängige Beschäftigung verwehre ihr die Möglichkeit, als Selbständige eine Pflege Tätigkeit auszuüben, schränke ihre Vertragsfreiheit unzulässig ein und komme einem Berufsverbot gleich. Eine selbständige Tätigkeit als Pflegefachkraft mag nach den voran stehenden Ausführungen im Bereich ambulanter Pflege durchaus denkbar sein, nicht aber innerhalb stationärer Einrichtungen. Der Beigeladenen Ziff. 2 ist es somit nicht grundsätzlich verwehrt, als Unternehmerin tätig zu werden. Eine Einschränkung ihrer Berufsfreiheit aus [Art. 12 GG](#) liegt daher nicht vor. Wenn sie allerdings ihre Pflege Tätigkeit innerhalb einer stationären Pflegeeinrichtung ausübt und diese Tätigkeit nach ihrem Gesamtbild eine abhängige Beschäftigung darstellt, so ist sie Arbeitnehmerin. Die durch [Art. 2 Abs. 1 GG](#) geschützte Vertragsfreiheit des Arbeitnehmers ist aber dadurch zulässig eingeschränkt, dass dieser dann, wenn er abhängig beschäftigt ist, der gesetzlichen Versicherungs- und Beitragspflicht unterliegt (BSG, Beschl. v. 23.02.1995 - [12 BK 98/94](#) -; Bayerisches Landessozialgericht, Urt. v. 13.07.2005 - [L 5 KR 187/04](#) - in Juris).

Die Tätigkeit der Beigeladenen Ziff. 2 als Pflegekraft für die Klägerin ist auch nicht im Hinblick auf ihre weitere Betätigung als Pflegemanagerin als selbständige Tätigkeit zu würdigen. Beide Betätigungsfelder stehen nicht in einem inneren Zusammenhang. Die Beigeladene Ziff. 2 wirbt auf ihrer Homepage mit ihrem Einsatz als Fachkraft für Krankheits- und Urlaubsvertretung ("meine Aufgabe in ihrem Betrieb") einerseits und mit "weiterführenden Aufgaben" aus dem Bereich des Pflegemanagements (Situationsanalyse, Erstellung eines geänderten Pflegekonzepts etc.) andererseits. Die Tätigkeit der Beigeladenen Ziff. 2 im letzteren Bereich hat die Beklagte nicht der Beitragspflicht unterfallen lassen, bei der Tätigkeit als Urlaubs- oder Krankheitsvertretung ist die Beigeladene Ziff. 2 aber nach dem Ausgeführten typischerweise in die Arbeitsorganisation der jeweiligen Pflegebetriebe eingegliedert und damit abhängig beschäftigt. Eine Qualifizierung der Tätigkeit im Sinne einer Bewertung ist damit nicht verbunden. Das Sozialgericht hat insoweit bereits zutreffend darauf hingewiesen, dass auch höherwertige Dienste wie etwa die Tätigkeit eines Chefarztes im Rahmen abhängiger Beschäftigung ausgeübt werden können.

Die Berufungen konnten daher keinen Erfolg haben.

Die Kostenentscheidung im Berufungsverfahren beruht auf [§ 193 SGG](#), da auch die Beigeladene Ziff. 2 das Rechtsmittel der Berufung eingelegt hat. Ist bei einem Streit mit subjektiver Klagehäufung und einem einheitlichen, unteilbaren Streitgegenstand in einer Instanz ein Kläger (hier die Beigeladene Ziff. 2) gem. [§§ 197a Abs. 1, 183 SGG](#) kostenrechtlich privilegiert und ein anderer Kläger (hier die Klägerin) kostenpflichtig, greift wegen des Grundsatzes der Einheitlichkeit der Kostenentscheidung die Regelung für Kostenprivilegierte ein (BSG Beschl. v. 29.05.2006 - [B 2 U 391/05 B](#) sowie v. 26.07.2006 - [B 3 KR 6/06 B](#), Bayr. LSG Beschl. v. 02.03.2010 - [L 5 R 109/10 B](#), LSG Baden-Württemberg Urt. v. 30.03.2012 - [L 4 R 2043/10](#), Mayer-Ladewig, SGG Kommentar, 10. Aufl., § 183 RdNr. 2a und 10 sowie § 197a RdNr. 3; anders für den Fall der objektiven Klagehäufung BSG Urt. v. 26.09.2006 - [B 1 KR 1/06 R](#)). Da dieser Grundsatz immer bezogen auf den jeweiligen Rechtszug gilt (dazu BSG Urt. v. 26.09.2006 - [B 1 KR 1/06 R](#) Juris Rn 32), verbleibt es bei der für das erstinstanzliche Verfahren zutreffenden Kostenentscheidung des Sozialgerichts.

Gründe für die Zulassung der Revision bestanden nicht ([§ 160 Abs. 2 SGG](#)).

Rechtskraft

Aus

Login

BWB

Saved

2013-03-27