

L 8 R 985/17

Land
Baden-Württemberg
Sozialgericht
LSG Baden-Württemberg
Sachgebiet
Rentenversicherung
Abteilung
8
1. Instanz
SG Reutlingen (BWB)
Aktenzeichen
S 3 R 2473/15
Datum
21.02.2017
2. Instanz
LSG Baden-Württemberg
Aktenzeichen
L 8 R 985/17
Datum
14.12.2018
3. Instanz
Bundessozialgericht
Aktenzeichen
-
Datum
-
Kategorie
Urteil
Leitsätze

Auf die Abrenzung einer abhängigen Beschäftigung von einer selbstständigen Tätigkeit im Bereich der ambulanten Pflege ist die Rechtsprechung zur Pfl egetätigkeit in einer stationären Pflegeeinrichtung nicht uneingeschränkt übertragbar, insbesondere im Hinblick auf die Eingliederung in den Betriebsablauf der Pflegeeinrichtung.
Die Berufung der Beklagten gegen das Urteil des Sozialgerichts Reutlingen vom 21.02.2017 wird zurückgewiesen.

Die Beklagte hat die außergerichtlichen Kosten der Klägerin und der Beigeladenen zu 3 auch im Berufungsverfahren zu erstatten.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand:

Zwischen den Beteiligten ist im Rahmen eines Anfrageverfahrens streitig, ob die von der Klägerin für den Beigeladenen zu 3, den I. Intensiv-Pflege-Dienst, ausgeübte Tätigkeit als Pflegekraft in den Zeiträumen vom 13.12.2013 bis 13.01.2014, 01.02.2014 bis 17.02.2014 sowie 01.03.2014 bis 24.03.2014 als abhängige und sozialversicherungspflichtige Beschäftigung in der Rentenversicherung und nach dem Recht der Arbeitsförderung oder als selbstständige Tätigkeit zu beurteilen ist.

Die 1956 geborene Klägerin, polnische Staatsangehörige, ist gelernte Gesundheits- und Krankenpflegerin (zur Urkunde vgl. Blatt 7 der Beklagtenakte). Am 14.05.2014 legte sie bei der Beklagten den ausgefüllten Fragebogen zur Feststellung der Pflichtversicherung kraft Gesetzes als selbstständig Tätige vor (Blatt 1/4 der Beklagtenakte). Sie gab an, sie pflege überwiegend Menschen aufgrund ihres Alters und/oder pflegebedürftige Menschen aufgrund von situationsbedingten Gebrechen. Ferner beantragte sie die Befreiung von der Rentenversicherungspflicht wegen Beschäftigung eines sozialversicherungspflichtigen Angestellten in Zusammenhang mit ihrer beruflichen Tätigkeit (Blatt 5 der Beklagtenakte). Die Klägerin legte eine Gewerbeummeldung vom 30.08.2013 (Blatt 6 der Beklagtenakte) vor, ebenso die "Anlage zum Statusfeststellungsantrag zur Beschreibung des Auftragsverhältnisses" (Blatt 12/13 der Beklagtenakte) sowie verschiedene Verträge vor (dazu vgl. Blatt 14/34, 47/451 der Beklagtenakte), darunter die Verträge - mit I. Intensiv-Pflege Dienst vom 13.12.2013 für die Zeit vom 13.12.2013 bis zum 31.12.2013 (Blatt 35/37 der Beklagtenakte), - mit I. Intensiv-Pflege Dienst vom 01.01.2014 für die Zeit vom 01.01.2014 bis zum 13.01.2014 (Blatt 38/40 der Beklagtenakte), - mit I. Intensiv-Pflege Dienst vom 27.02.2014 für die Zeit vom 01.03.2014 bis zum 09.03.2014 und vom 11.03.2014 bis zum 23.03.2014 (Blatt 41/44 der Beklagtenakte) sowie die Anlage 1 zum Honorarvertrag vom 29.02.2014 (Blatt 45/46 der Beklagtenakte).

Die Klägerin gab an, ihre Tätigkeit bestehe in der Krankenpflege eines Intensiv-Pflege-Patienten, die nur von einer examinierten Gesundheits- und Krankenpflegerin oder Altenpflegerin ausgeübt werden dürfe. Die Auftragsausführung werde nicht kontrolliert. Sie sei auf selbstständiger Basis tätig. Auch bestünden keine Vorgaben hinsichtlich der Arbeitszeiten. Sie selbst gebe ihre Dienste vor Auftragsbeginn an. Die Tätigkeit werde beim Patienten zu Hause durchgeführt. Einschränkungen hinsichtlich des Tätigkeitsortes bestünden nicht. Eine Eingliederung in die Arbeitsorganisation des Auftraggebers liege nicht vor (bezüglich Dienstbesprechungen, Teamsitzungen, Dienstplänen usw.). Sie trete unternehmerisch durch eigene Preisgestaltung, Vermittlung durch eine Agentur, Rechnung (mit eigenem Briefkopf) und Visitenkarten, Flyer auf.

In den Verträgen zwischen dem I. Intensiv-Pflege-Dienst und der Klägerin ist folgendes vereinbart: I. Vertragsgegenstand (I) Der Auftraggeber ist Betreiber des ambulanten Pflegedienstes I. Intensiv-Pflege-Dienst in B ... Der Pfleger ist ein selbstständig tätiger Altenpfleger. Der Auftraggeber beauftragt die Pflegekraft im Rahmen ihrer fachlichen Qualifikation mit der Betreuung von Patienten in der häuslichen

Pflege (1:1 Pflege) im Einsatzort U. (bzw. D.) der vorbezeichneten Einrichtung, ohne dass dadurch ein Beschäftigungsverhältnis im Sinne des [§ 7 SGB IV](#) begründet wird. (2) Die zu erbringende Dienstleistung beinhaltet die eigenständige Pflege der Patienten in kooperativer Zusammenarbeit mit den Ärzten und dem angestellten Pflegepersonal des ambulanten Pflegedienstes.

2. Vertragsdauer (I) Das Vertragsverhältnis beginnt am ... und endet am ... (im Einzelnen jeweils angegeben) (2) Die Pflegekraft ist nicht verpflichtet, bestimmte Dienstzeiten zu übernehmen. Der Auftraggeber ist nicht verpflichtet, der Übernahme bestimmter Dienstzeiten durch die Pflegekraft zuzustimmen. Die Festlegung der von der Pflegekraft zu übernehmenden Dienste wird zwischen den Parteien gesondert vereinbart und jeweils durch Eintragung in die Dienstzeitvereinbarung für beide Seiten verbindlich ... Im Falle unverschuldeter Unmöglichkeit der Leistungserbringung (Krankheit, Unfall) ist die Pflegekraft verpflichtet, dies unverzüglich dem Auftraggeber anzuzeigen. (3) Der Vertrag ist jederzeit ordentlich kündbar, [§ 621 BGB](#). Sollten aufgrund ordentlicher Kündigung des Auftraggebers die bereits schriftlich dokumentierte Dienstzeitvereinbarung wegfallen, bleibt der Honoraranspruch der Pflegekraft bis zum Ende dieser Dienstzeitvereinbarung bestehen. Im Falle der Kündigung durch die Pflegekraft hat sie dem Auftraggeber den Schaden zu ersetzen, den dieser durch die Nichterfüllung der vereinbarten Dienstzeiten erlitten hat ... (4) Nachweisliche Krankheit oder Unfall der Pflegekraft, welche zur Arbeitsunfähigkeit führt, zieht nicht den Schadenersatz von dadurch gemäß Dienstzeitvereinbarung bereits eingetragenen Dienstzeiten nach sich. Die Pflegekraft hat keinen Honoraranspruch auf ihre durch Krankheit oder Unfall ausgefallenen Dienstzeiten ...

4. Leistungserbringung (I) Die Pflegekraft ist für die ordnungsgemäße Pflege unter Einhaltung der jeweils gebotenen Sorgfalt eigenständig verantwortlich und zur höchstpersönlichen Leistungserbringung verpflichtet. Die Pflegekraft ist nicht in die Organisationsstruktur des ambulanten Dienstes eingebunden. Die Pflegekraft ist in ihrer Berufsausübung frei und nicht den Weisungen des Auftraggebers unterworfen. Soweit dies zur ordnungsgemäßen Erfüllung der übertragenen Aufgaben erforderlich ist, hat die Pflegekraft die fachlichen und organisatorischen Vorgaben des Auftraggebers zu berücksichtigen. Der Auftraggeber hat insbesondere keine Weisungsbefugnis hinsichtlich der Gestaltung der Dienstzeiten. Diese werden zwischen Auftraggeber und Pflegekraft gemeinsam festgelegt und schriftlich dokumentiert. (2) Die Pflegekraft erbringt die vereinbarte Dienstleistung grundsätzlich mit den von ihr zu stellenden Hilfsmitteln. Der Auftraggeber kann verlangen, dass die Pflegekraft die zur Erbringung der Dienstleistung notwendigen Hilfsmittel des ambulanten Dienstes verwendet. Die Zurverfügungstellung erfolgt in diesem Fall unentgeltlich. Dies gilt auch für die von der Pflegekraft zu tragende Dienstkleidung.

5. Honorar (I) Der Pfleger erhält für seine Tätigkeit ein Honorar in Höhe von 28 EUR pro tatsächlich geleisteter Stunde, zzgl. 25 % Zuschlag für das Wochenende, 25 % Zuschlag für den Nachtdienst (20:00 Uhr bis 6:00 Uhr) und 50 % Zuschlag für Feiertage. (2) Eine Verpflichtung zur Honorarzahlung bei Verhinderung der Pflegekraft besteht nicht. (3) Das Honorar wird 10 Tage nach Rechnungsstellung zur Zahlung fällig. Die Abrechnung erfolgt wöchentlich über die Firma d. Pflege GmbH ... Das Honorar unterliegt gemäß [§ 4 Nr. 14 UStG](#) nicht der Umsatzsteuer. (4) Der Pflegekraft wird für die Dauer dieses Vertrages eine angemessene Unterkunft zur Verfügung gestellt.

6. Haftung Wird der Auftraggeber von Dritten aufgrund einer rechtskräftig festgestellten Pflichtverletzung aus dem Behandlungsvertrag in Anspruch genommen, haftet die Pflegekraft im Innenverhältnis nur für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit. Gleiches gilt für Schäden, die die Pflegekraft an vom Auftraggeber zur Verfügung gestellten Hilfsmitteln verursacht.

9. Sonstiges (I) Die Pflegekraft wurde für die Laufzeit dieses Vertrages von der Firma d. ... vermittelt. (2) (3) Die Pflegekraft versichert gegenüber dem Pflegedienst ein Statusfeststellungsverfahren bei der Deutschen Rentenversicherung durchgeführt, bzw. durchzuführen. Sie hat Befreiung von der gesetzlichen Rentenversicherung beantragt und wird beim Rententräger als Selbstständige(r) geführt. (4) Sollte die Pflegekraft diesen Termin kurzfristig absagen, ist sie verpflichtet, die Kosten für das angemietete Zimmer/Wohnung für die Zeit ihres Einsatzes zu bezahlen. 10. "

In dem am 08.09.2014 bei der Beklagten eingegangenen "Antrag auf Feststellung des sozialversicherungsrechtlichen Status" (Blatt 53/59 der Beklagtenakte) gab die Klägerin an, sie sei für mehrere Auftraggeber tätig (I. , P. , V. , C. S. , I.). Vor der jetzigen Tätigkeit sei keine abhängige Beschäftigung bei dem Auftraggeber ausgeübt worden. Sie beantrage im Statusfeststellungsverfahren festzustellen, dass eine Beschäftigung nicht vorliege.

Am 27.10.2014 beantragte auch der I. - die Beigeladene zu 3 - die Durchführung eines Statusfeststellungsverfahrens für die bei ihr von der Klägerin ausgeübte Tätigkeit (Blatt //11 der Beklagtenakte). Zur Tätigkeit der Klägerin wurde ausgeführt, es handle sich um die Pflege und Betreuung von Intensiv-Pflege-Patienten, eine 1:1 Betreuung, 24 Stunden täglich (Grundpflege und Behandlungspflege). Die freiberuflichen Pflegekräfte würden über Vermittlungsagenturen gebucht; hierbei werde der Einsatzort bekannt gegeben. Der Auftragnehmer trete gegenüber dem Patienten im eigenen Namen auf. Der Pflegedienst unterrichte den Patienten, dass die Pflegekraft auf freiberuflicher Basis arbeite. Der Behandlungsplan sei fester Bestandteil für den Patienten und die Krankenkasse und könne nicht ohne weiteres geändert werden. Die Pflegehilfsmittel würden von dem Auftragnehmer selbst mitgebracht werden. Dieser gebe seine Einsatzzeiten selbst bei der Anfrage zur Übernahme von Diensten an. Eine Kontrolle seiner Tätigkeit finde nicht statt. Der Auftragnehmer sei nicht verpflichtet an (wöchentlichen) Dienstbesprechungen teilzunehmen. Er erhalte kein Zeugnis, keine Beurteilung oder andere schriftliche Mitteilungen über seine Tätigkeit. Er müsse die gleiche Tätigkeit wie ein fest angestellter Mitarbeiter ausüben, da in der Intensivpflege der Pflegeablauf genau festgelegt sei. Dieser Pflegeplan sichere dem Patienten einen ordnungsgemäßen Ablauf zu. Der Pflegeplan werde durch den Pflegedienst erstellt und diene als Abrechnungsgrundlage bei den Krankenkassen. Die Einstellung freier Mitarbeiter/Honorarkräfte erfolge durch Vermittlungsagenturen. Die Auftragnehmer unterhielten eigene Geschäfts- bzw. Praxisräume in Form eines Büros. Nach Beendigung seines Einsatzes schreibe der Auftragnehmer dem Auftraggeber eine Rechnung und die Vermittlungsagenturen schrieben eine Provisionsrechnung. Die dienstlich gefahrenen Kilometer würden nicht vergütet. Der Auftragnehmer kalkuliere seine Preise selbst. Die Preise würden meistens durch die Vermittlungsagenturen bekannt gegeben. Beginn und Ende des zu beurteilenden Tätigkeitszeitraumes sei vorliegend Dezember 2013 bis Mai 2014. Für die geleistete Tätigkeit sei die Vergütung durch Stundenverrechnung erfolgt. Arbeitskleidung werde dem Auftragnehmer nicht zur Verfügung gestellt und er habe keine einheitliche Arbeitskleidung zu tragen. Der Auftragnehmer hafte in seinem Namen.

Ergänzend wurde vom Beigeladenen zu 3 angegeben, es werde die Feststellung einer selbständigen Tätigkeit gewünscht. Die Beauftragung sei dergestalt erfolgt, dass die Klägerin über das Internet oder telefonisch mitgeteilt habe, welche Tätigkeiten sie übernehmen wolle. Ein typischer "Arbeitstag" (bei vornehmlich nur geleisteter Nachtarbeit) sei wie folgt verlaufen: Die Klägerin habe von 20:00 Uhr bis 8:00 Uhr gearbeitet. Als Ausgleich habe sie jeweils im Rhythmus nach 10 bis 12 Nächten keine Verträge mehr abgeschlossen und sich eine Woche

ausgeruht. Die Klägerin habe sich eine gewisse Arbeitsroutine selbst beigebracht. Ansonsten reagiere sie auf Geräusche oder Gesichtsausdrücke des Betreuten. Die Patienten-Betreuungsangebote seien von der Vermittlungsfirma über das Internet oder per SMS gekommen. Die Klägerin habe dann geprüft, ob das Angebot, insbesondere zeitlich, passe. Wenn dies der Fall gewesen sei, habe sie den Pflegefall übernommen. Eine Aufgabeneinweisung vor Ort sei nur beim ersten Mal erfolgt. Der Tagdienst habe dann gezeigt, was zu beachten sei. Immer abwechselnd habe eine Kollegin als Tagdienst und die Klägerin als Nachtdienst gearbeitet. Die Entscheidung, wer den Tagdienst und wer den Nachtdienst mache, hätten die jeweiligen Pflegerinnen selbstständig getroffen. Bei einer Abwesenheit bzw. Verhinderung sei der Firmenchef direkt informiert worden. Bislang sei noch nicht vorgekommen, dass die Klägerin verhindert gewesen sei und eine Ersatzkraft notwendig geworden sei. Mit einer anderen Pflegerin habe sie vereinbart, dass sie sich in solchen Fällen gegenseitig unterstützten. Klappe dies nicht, suche die Firma I. eine Ersatzkraft. Irgendwelche Arbeitskollegen oder gar Vorgesetzte, mit welchen Dienstbesprechungen geführt werden könnten, seien vor Ort nicht vorhanden. Eine Verpflichtung zur Übernahme von Urlaubs- und Krankheitsvertretung bestehe nicht. Die Klägerin arbeite mit niemandem zusammen. Sollte es irgendwann einmal Probleme geben, werde sie gesperrt und könne dann nicht mehr die ihr genehmen Fälle "herauspicken". Einen fest angestellten Mitarbeiter vertrete sie nicht. Kleinere Arbeitsmittel bringe sie mit (unter anderem Stethoskop, Blutdruckmessgerät, Blutzuckermessgerät, Thermometer und Handschuhe sowie Desinfektionsmittel). Größere Arbeitsmittel, beispielsweise Beatmungsgerät, würden von den Krankenkassen bzw. Drittfirmen zur Verfügung gestellt. Der I. sei nur ein Vermittler und habe gar keine Geräte. In Absprache mit ihrer Kollegin könne die Klägerin bestimmen, wann die Tätigkeit beginne und ende.

Vorgelegt wurden Rechnungen der Klägerin für ihre Tätigkeit für den I. für folgende Zeiträume - 01.02.2014 bis 10.02.2014 (Blatt 32 der Beklagtenakte) über 3.906,00 Euro, - 10.02.2014 bis 17.02.2014 (Blatt 33 der Beklagtenakte) über 2.975,00 Euro, - 01.03.2014 bis 10.03.2014 (Blatt 34 der Beklagtenakte) über 3.969,00 Euro, - 10.03.2014 bis 18.03.2014 (Blatt 35 der Beklagtenakte) über 3.416,00 Euro, - 18.03.2014 bis 24.03.2014 (Blatt 36 der Beklagtenakte) über 2.604,00 Euro sowie Arbeitsnachweise (Blatt 38/41 der Beklagtenakte) für die Zeiträume vom - 01.02.2014 bis 16.2.2014 und - 01.03.2014 bis 23.03.2014.

Die Klägerin übersandte noch einen Arbeitsvertrag (Blatt 46/50 der Beklagtenakte), wonach sie ab 01.03.2014 einen Arbeitnehmer J. F. , straße , D. , als Bürohilfe zu einer monatlichen Bruttovergütung von 1.150 Euro beschäftigt (zur Tätigkeitsbeschreibung vgl. Blatt 51 der Beklagtenakte).

Die Beklagte hörte mit Schreiben vom 02.03.2015 (Blatt 53/54, 56/57 der Beklagtenakte) den Beigeladenen zu 3 sowie die Klägerin an. Es sei beabsichtigt, einen Bescheid über das Vorliegen einer abhängigen Beschäftigung zu erlassen. Es sei beabsichtigt, die ausgeübte Beschäftigung als versicherungspflichtig in der Rentenversicherung sowie nach dem Recht der Arbeitsförderung festzustellen; in der Kranken- und Pflegeversicherung bestehe keine Versicherungspflicht.

Die Klägerin hat sich geäußert (Schreiben vom 04.03.2015 und 16.03.2015, Blatt 59/60, 61/74 der Beklagtenakte) und u.a. vorgetragen, sie verstehe ihre Tätigkeit unternehmerisch. Zu keinem Zeitpunkt sei sie in eine feste Betriebsorganisation der einzelnen Pflegedienste eingebunden gewesen. Sie habe sich mit mehreren Vermittlungsagenturen in Verbindung gesetzt und hierdurch Kontakte zu verschiedenen Pflegediensten oder Seniorenresidenzen erhalten. Mit diesen seien für jeden Auftrag stets unterschiedliche individuelle Honorare ausgehandelt worden. Ihre beruflichen Aufgaben habe sie nach lukrativen Stundensätzen, Bonität der Auftraggeber, Umfeld der Patienten etc. ausgewählt. Für sie sei auch wichtig gewesen, dass sie sich insoweit ihre Freiheiten über Termine und der beruflichen Bestimmung selbst erhalten wolle. Aufgrund ihrer regelmäßigen Nachtschichten habe sie seit dem Jahr 2014 einen angestellten Mitarbeiter, der die administrativen Aufgaben wie Kontaktherstellung und Aufbereitung der Angebote, Mahnwesen, Hotelsuche und die Beschaffung der Fahrkarten/Strecken etc. übernehme. An turnusmäßigen internen Besprechungen bei den Pflegediensten nehme sie nicht teil. Weiterbildungsseminare würden von ihr selbst ausgewählt und bezahlt werden. Eine Einarbeitung durch die jeweiligen Pflegedienste erfolge aufgrund ihrer beruflichen Qualifikation nicht. Auch erfolge keine Eingliederung in den jeweiligen Dienstplan der Pflegefirmen. Sie nehme ihre Aufgaben autonom im Rahmen ihrer beruflichen Tätigkeit wahr. Die Pflegefirmen würden in ihrem Angebot grob beschreiben, um welche Aufgaben es sich im Einzelfall handle. Konkrete Weisungen, wie die Pflege und die Arbeit zu verrichten sei, gebe es nicht. Ferner zahle sie für ihre eigene Tätigkeit Beiträge zur Berufsgenossenschaft und habe Computer, Drucker und Büromaterial auf eigene Rechnung beschafft. Schließlich habe sich bei ihr aufgrund ihres zeitlich überdimensionalen Einsatzes eine Gewinnsituation ergeben, die sich ein vergleichbarer Angestellter nicht erarbeiten könnte.

Mit zwei Bescheiden vom 02.04.2015 gegenüber der Klägerin und dem Beigeladenen zu 3 (Blatt 75/77, 79/81 der Beklagtenakte) stellte die Beklagte fest, dass die Klägerin ihre Tätigkeit als Pflegekraft bei dem Beigeladenen zu 3 in den Zeiten vom 13.12.2013 bis 13.01.2014, 01.02.2014 bis 17.02.2014 und 01.03. 2014 bis 24.03.2014 im Rahmen eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses ausgeübt habe und in diesem Beschäftigungsverhältnis Versicherungspflicht in der Rentenversicherung sowie nach dem Recht der Arbeitsförderung - mit Beginn der Versicherungspflicht ab dem 13.12.2013 bestehe.

Hiergegen erhoben die Klägerin am 13.04.2015 (Blatt 82 der Beklagtenakte) und der Beigeladene zu 3 am 24.04.2015 (Blatt 83/85 der Beklagtenakte) Widerspruch.

Die Klägerin begründete ihren Widerspruch u.a. damit (Blatt 86/91 der Beklagtenakte), dass der Auftraggeber im Internet an eine unbegrenzte Anzahl von Auftragnehmern die Angebote unterbreite habe und sie die ihr hinsichtlich Zeit, Ort und Bezahlung sowie Arbeitsintensität passenden Fälle entweder selbst ausgesucht und übernommen habe oder eine Vermittlungsfirma (beispielsweise d.) beauftragt habe, für sie im Internet zu suchen. Daher habe es gerade keine "Zuweisung", vielmehr immer eine einzelvertragliche Vereinbarung gegeben. Der I. habe ferner weder Räumlichkeiten zur Tätigkeitsausübung zur Verfügung gestellt noch bestimmt, wo genau die Tätigkeit ausgeübt habe werden solle. Dies habe allein dem Patienten bzw. dessen Familie oder dessen Betreuer obliegen. Diese hätten darüber entschieden, ob der Betroffene in ein Pflegeheim gegangen sei oder weiterhin in seiner eigenen Wohnung bzw. seinem Haus gewohnt habe. Die Situation sei wie bei einem bloßen Maklervertrag gewesen. Der I. habe (nur) die zu pflegende Person und die Pflegekraft zusammengebracht. Zwar habe sie die Tätigkeit im Namen des Auftraggebers erbracht und keine eigenen Rechnungen an die Patienten geschrieben. Allerdings habe bei einer fehlerhaften Pflege die Gefahr bestanden, dass sie sich bei schuldhafter Verletzung von Pflichten direkt selbst haftbar gemacht habe. Daher habe sie eine Berufshaftpflichtversicherung abschließen müssen. Zwar seien die Erstgespräche seitens des I. mit der zu pflegenden Person geführt worden und seien Inhalt und Umfang der Tätigkeit vom I. vereinbart worden. Dies sei jedoch aufgrund der Wünsche der Patienten geschehen, die über die Art und den Umfang der Pflege entschieden hätten. Richtig sei ferner,

dass sie eine Pflegedokumentation zu führen gehabt habe. Eine solche Dokumentation müsse sie jedoch auch führen, wenn es nur um einen Vertrag zwischen der zu pflegenden Person und ihr gehen würde, bereits deshalb, um in einem Haftpflichtfall nicht vor unüberwindbaren Problemen zu stehen. Richtig sei ferner, dass sie die gleiche Tätigkeit wie fest angestellte Pflegekräfte ausgeübt habe. Allerdings sei dies bei fest angestellten Rechtsanwälten und selbständigen Rechtsanwälten auch der Fall. Nicht richtig sei, dass die zeitlichen Vorgaben zur Betreuung der Pflegeperson von ihr nicht beeinflusst hätten werden können. Beim Auftreten von irgendwelchen Problemen, beispielsweise einer akuten Verschlechterung des Gesundheitszustandes der zu pflegenden Person, sei sie nicht nur berechtigt, sondern geradezu verpflichtet gewesen, zusätzliche Tätigkeiten auch über den eigentlich vorgegebenen Zeitrahmen hinaus auszuüben. Auch sei eine persönliche Leistungserbringung nicht vertraglich zwischen ihr und dem I. festgelegt worden; dies spreche eindeutig gegen das Vorliegen eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses. Hieran ändere auch der Umstand nichts, dass die persönliche Leistungserbringung die Regel gewesen sei.

Der Beigeladene zu 3 hat u.a. ausgeführt (Blatt 83/85 der Beklagtenakte), die Argumentation, die Arbeitsleistung einer freiberuflichen Pflegekraft unterscheide sich nicht von der der Festangestellten, sei falsch.

Mit zwei Widerspruchsbescheiden vom 17.08.2015 wies die Beklagte den Widerspruch der Klägerin (Blatt 106/107 der Beklagtenakte) sowie des Beigeladenen zu 3 (Blatt 102/103 der Beklagtenakte) zurück. Die zu beurteilende Tätigkeit als Pflegekraft habe darin bestanden, Patienten grundpflegerisch und in der Behandlungspflege zu versorgen. Dies habe unter anderem Hilfestellung bei Körperpflege und Toilettengängen, Mahlzeiten dar- und anzureichen und Medikamente zu verabreichen umfasst. Grundlage der Tätigkeit seien Honorarverträge gewesen. Für die Ausübung der Tätigkeit sei kennzeichnend, dass die Klägerin im Wesentlichen die eigene Arbeitskraft eingesetzt habe und funktionsgerecht dienend in einer fremden Arbeitsorganisation tätig gewesen sei. Der Betriebszweck des I. Intensiv-Pflege Dienstes bestehe in der ambulanten Altenpflege. Die Aufgabe der Klägerin sei es gewesen, Pflegedienstleistungen für die Kunden ihres Auftraggebers zu erbringen. In Ausführung dieser Tätigkeiten habe sich der Betriebszweck des Auftraggebers konkretisiert. Damit habe sich in klassischer Weise die Eingliederung in dessen Betriebsorganisation erfüllt, selbst wenn die Klägerin nicht am Betriebssitz des Auftraggebers tätig geworden sei.

Am 01.09.2015 hat die Klägerin beim Sozialgericht (SG) Darmstadt Klage erhoben, das den Rechtsstreit mit Beschluss vom 24.09.2015 (Blatt 23/24 der SG-Akte) an das SG Reutlingen verwiesen hat.

Die anwaltlich vertretene Klägerin hat u.a. vorgetragen, nach den zwischen ihr und dem Beigeladenen zu 3 geschlossenen Verträgen sollte ausdrücklich kein Arbeitsverhältnis begründet werden. Sie habe Geschäftskontakte mit mehr als 20 verschiedenen Auftraggebern, die im Internet Angebote an selbstständige Pflegekräfte unterbreiteten. Sie suche sich aus den Angeboten diejenigen heraus, welche ihr zusagten. Kriterien seien finanzielle Erwägungen, aber auch die Frage, wieweit der Einsatzort von ihrem Wohnort entfernt sei und welche Arbeitsbelastung sich abzeichne oder ob ihr die vorgeschlagenen Arbeitszeiten genehm seien. Erst durch die Annahme eines Angebotes werde sie verpflichtet. Daher komme im Ergebnis auch der "Dienstplan" nur einvernehmlich zu Stande. Die Klägerin hat eine Aufstellung ihrer Auftraggeber vorgelegt (Blatt 30/33 der SG-Akte). Eine Vermittlungsfirma, bei dem I. regelmäßig die Firma D. , habe per Internet an eine unbestimmte Anzahl von Interessenten ein Angebot unterbreitet. Wenn dieses Angebot für sie interessant gewesen sei, habe sie bei der Firma D. angerufen und dieser ein von ihr kalkuliertes Angebot unterbreitet, das die Firma D. an den I. weitergegeben habe. Sie habe oftmals ein von der Vermittlungsfirma abweichendes Angebot verlangt. Da sie für ihre gute Arbeit bekannt gewesen sei, habe der I. oft mit sich reden lassen und ihr oftmals mehr als ehemals vorgesehen gegeben, d.h. die Vergütung sei ausgehandelt worden. Es habe auch ein Unternehmerrisiko bestanden. Sie habe kein Festgehalt bekommen. Wenn nach Abschluss von Einzelverträgen der I. vom Vertrag zurückgetreten sei (z.B. wenn die zu betreuende Person noch im Krankenhaus habe bleiben müssen), sei sie in diesen Fällen eine Zeit lang ohne Einkommen gewesen. Des Weiteren habe sie mit einem Stundensatz von ca. 28 EUR mehr als das Doppelte als eine angestellte Pflegekraft erhalten. Mit der Differenz sei die soziale Absicherung finanziert worden und es habe sich auch hiernach noch ein kleines Plus für sie ergeben. Die Klägerin hat weitere Unterlagen vorgelegt (dazu vgl. Blatt 78/105 der SG-Akte, darunter Rechnungen, Arbeitsnachweise, Aufstellungen ihrer Auftraggeber, Gewinnermittlung durch Steuerberater J.).

Das SG hat mit Beschluss von 22.04.2016 und 07.06.2016 (Blatt 125/126, 135 der SG-Akte) die Beigeladenen zum Verfahren beigeladen.

Der Beigeladene zu 3 hat auf sein Verfahren S 10 R 2592/13 (I .../. DRV Baden-Württemberg in Sachen L. S. , A. K. hingewiesen (Blatt 137/138 der SG-Akte) und die Auffassung vertreten, die Klägerin sei für ihn als freie Mitarbeiterin tätig gewesen.

Die Beigeladene zu 4 (Bundesagentur für Arbeit) hat sich der Rechtsauffassung der Beklagten angeschlossen und auf mehrere gerichtliche Entscheidungen verwiesen (Blatt 144 der SG-Akte).

Das SG hat mit Urteil vom 21.02.2017 den Bescheid der Beklagten vom 02.04.2015 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 17.08.2015 aufgehoben und festgestellt, dass die Klägerin ihre Tätigkeit für den Beigeladene zu 3 als Altenpflegerin in den Zeiträumen vom 13.12.2013 bis zum 13.01.2014, 01.02.2014 bis zum 17.02.2014 und vom 01.03.2014 bis zum 24.03.2014 nicht im Rahmen einer abhängigen Beschäftigung mit Versicherungspflicht in der gesetzlichen Rentenversicherung sowie nach dem Recht der Arbeitsförderung ausgeübt habe. Nach Würdigung der vorliegenden Gesamtumstände stehe zur Überzeugung des Gerichts fest, dass die Klägerin ihre Tätigkeit für den Beigeladenen zu 3 in den streitgegenständlichen Zeiträumen nicht als sozialversicherungspflichtig abhängig Beschäftigte verrichtet habe. Sowohl nach den vertraglichen Vereinbarungen als auch dem Gesamtbild der Arbeitsleistung nach den tatsächlichen Verhältnissen überwiegen die Umstände, die für eine selbstständige Tätigkeit der Klägerin sprächen. Zur Überzeugung des Gerichts sei das vorliegende Vertragsverhältnis auch entsprechend den getroffenen Vereinbarungen tatsächlich vollzogen worden. Die Tätigkeit als Pfleger/Pflegerin könne zwar ihrer Art nach grundsätzlich auch in abhängiger Beschäftigung ausgeübt werden, jedoch sei vorliegend im Hinblick auf die äußere Gestaltung des Vertragsverhältnisses, die den getroffenen vertraglichen Vereinbarungen entsprochen habe, die auch sozialversicherungsrechtlich beachtliche Selbständigkeit der Klägerin umgesetzt worden. Ausgangspunkt seien die zwischen der Klägerin und dem Beigeladenen zu 3 geschlossenen Honorarverträge, nach denen eine selbstständige Tätigkeit der Klägerin vereinbart war. Insbesondere sei geregelt, dass die Klägerin nicht verpflichtet sei, bestimmte Dienstzeiten zu übernehmen, nicht in die Organisationsstruktur des ambulanten Dienstes eingebunden sei, in ihrer Berufsausübung frei und nicht den Weisungen des Auftraggebers unterworfen sei, dieser insbesondere keine Weisungsbefugnis hinsichtlich der Gestaltung der Dienstzeiten habe. Nach der Anlage I zum Honorarvertrag vom 24./29.4.2014 sei die Klägerin ferner verpflichtet, ihre eigenen Arbeitsmaterialien zum Einsatzort mitzubringen und zu

benutzen. Sollte dies nicht der Fall sein, würden die (im Einzelnen aufgeführten) Materialien von dem Beigeladenen zu 3 gegen ein Entgelt (von 6,50 EUR pro Tag) zur Verfügung gestellt (und nach Beendigung der Tätigkeit in Rechnung gestellt). Sowohl der Beigeladene zu 3 als auch die Klägerin seien während des gesamten Verfahrens von einer selbständigen Tätigkeit der Klägerin - wie schriftlich vereinbart - ausgegangen. Die vereinbarten Einzelheiten sprächen für den Willen, eine selbständige Tätigkeit der Klägerin zu begründen: Keine vertragliche Bindung über den jeweiligen Einzelauftrag hinaus, keine ständige Dienstbereitschaftspflicht, keine festen Arbeitszeiten oder Schichten gegen den Willen der Klägerin, Übernahme der zivilrechtlichen Konsequenzen (keine Vergütung bei Urlaub oder Krankheit) sowie der öffentlich-rechtlichen Folgen (eigenverantwortliche Abführung von Steuern und Abgaben) durch die Klägerin, eigenverantwortliche und selbständige Wahrnehmung ihrer Tätigkeit für den Beigeladenen zu 3, Weisungsfreiheit der Klägerin bei der Ausübung der übernommenen Aufträge und freie Entscheidung der Klägerin, einen angebotenen Auftrag anzunehmen. Ferner sei der Kontakt zwischen der Klägerin und dem Beigeladenen zu 3 in der Regel über die Vermittlerfirma D. zustande gekommen, die per Internet die Aufträge bekannt gegeben habe, gelegentlich auch direkt zwischen der Klägerin und dem Beigeladenen zu 3. Hierbei habe die Klägerin auch angegeben, zu welchen Zeiten sie noch Kapazitäten frei habe und den von ihr verlangten Stundenlohn genannt. Es habe der Klägerin freigestanden, für andere Auftragnehmer tätig zu sein, d. h. es war kein Wettbewerbsverbot vereinbart. Die Klägerin sei auch für weitere Auftraggeber als Pflegekraft tätig geworden. Insbesondere habe die Klägerin keine Betriebsmittel des Beigeladenen zu 3 bei ihrer Pflege Tätigkeit im Sinne von Einzelanordnungen unterlegen. Sie sei auch nicht deshalb in den Betrieb des Beigeladenen zu 3 eingegliedert gewesen, weil sie mit anderen Pflegekräften (der Tagschicht) an deren Schichten anknüpfte und bei der Übergabe Patient, Diagnose und Umfang der Pflege vorgestellt worden seien, denn es handele sich hierbei um in der Pflege übliche und notwendige Vorgehensweisen, in denen sich noch keine Weisungen und keine Eingliederung in die Arbeitsorganisation des Auftraggebers widerspiegeln. Ferner habe die Klägerin nicht an Dienst- oder Teambesprechungen oder auf Verlangen des Beigeladenen zu 3 an Weiterbildungsmaßnahmen teilnehmen müssen. Des Weiteren habe sie ihre Tätigkeit nicht in den Betriebsräumen des Beigeladenen zu 3 erbracht, vielmehr sei die Pflege in den Räumlichkeiten der Patienten erfolgt. Außerdem seien die erforderlichen Pflegehilfsmittel von den Pflege- oder Krankenkassen bereit gestellt worden und hätten sich bei den Patienten befunden. Auch habe die Klägerin keine Betriebsmittel des Beigeladenen zu 3 genutzt. Schließlich habe der Beigeladene zu 3 auch kein Zeugnis, keine Beurteilung oder andere schriftliche Mitteilung über die Tätigkeit der Klägerin ausgestellt. In einem gewissen Umfang habe die Klägerin auch ein Unternehmerrisiko getragen. Die Klägerin habe, wie es für Dienstleistungen in der Pflege durchaus typisch sei, vor allem ihre Arbeitskraft und weniger ihr Kapital eingesetzt. Soweit sie das Risiko des Ausfalls oder des Fehlens von Anschlussangeboten getragen und ein pauschal vereinbartes Stundenhonorar erhalten habe, folge hieraus noch kein Unternehmerrisiko. Andererseits habe sie von dem Beigeladenen zu 3 stets nur eine Vergütung für geleistete Pflegestunden erhalten, die deutlich höher bemessen gewesen sei als bei einer abhängig beschäftigten Pflegekraft. Indem sie nur die geleisteten Stunden vergütet erhalten habe, weder im Falle von Krankheit oder Urlaub noch etwa bei Einlieferung des Patienten im Krankenhaus und Ausfall des Auftrages, habe sie ein - wenn auch - geringes Unternehmerrisiko getragen. Zusammenfassend hätten diesem Unternehmerrisiko die größeren Freiheiten der Klägerin bei Annahme eines Auftrags, Aushandlung der Vergütung und Tätigkeit ohne Einzelanweisungen oder Kontrollen des Beigeladenen zu 3 gegenüber gestanden. Nach Gesamtwürdigung der vorliegenden Umstände habe die Klägerin hiernach ihre Tätigkeit als Selbständige ausgeübt.

Gegen das ihr am 03.03.2017 zugestellte Urteil hat die Beklagte am 14.03.2017 beim Landessozialgericht (LSG) Baden-Württemberg Berufung eingelegt. Das Urteil des SG überzeuge nicht. Eine rechtmäßige Gesamtabwägung setze voraus, dass alle nach Lage des Einzelfalles wesentlichen Indizien festgestellt, in ihrer Tragweite zutreffend erkannt und gewichtet, in die Gesamtschau mit diesem Gewicht eingestellt und dann nachvollziehbar gegeneinander abgewogen seien. Diesen Anforderungen werde die angefochtene Entscheidung bereits deshalb nicht gerecht, weil es an der erforderlichen rechtlichen Bewertung der in den Entscheidungsgründen aufgeführten Indizien fehle. Beachtlich sei weiterhin, dass die jüngere Rechtsprechung des BSG bei der vorzunehmenden Gesamtschau auch wesentlich auf die rechtliche Zulässigkeit abstelle. Speziell für das Verhältnis von rechtlichen Regelungen zu ihnen entgegenstehenden faktischen Gegebenheiten gelte, dass Ausgangspunkt das Vertragsverhältnis sei, wie es sich aus den Vereinbarungen ergebe. Eine im Widerspruch zu Vereinbarungen stehende tatsächliche Beziehung und die sich hieraus ergebende Schlussfolgerung auf die tatsächlich gewollte Natur der Rechtsbeziehung gehe einer formellen Vereinbarung vor, allerdings nur, soweit eine Abbedingung rechtlich zulässig sei. Die tatsächlichen Verhältnisse gäben im Zweifel den Ausschlag, allerdings nur im Rahmen des rechtlich Zulässigen. Maßgeblich sei die Rechtsbeziehung so wie sie praktiziert werde, und die praktizierte Beziehung so, wie sie rechtlich zulässig sei. Die Klägerin sei zur häuslichen Pflege (1:1) eines Patienten eingesetzt gewesen und dürfe insofern als Erfüllungshelfer weisungsgebunden in die Betriebsorganisation der Beigeladenen zu 3 eingegliedert gewesen sein, um einen ausschließlich mit der Beigeladenen zu 3 geschlossenen Pflegevertrag zu erfüllen. Nach dem Internetauftritt des Beigeladenen zu 3 erbringe diese Pflegeleistungen nach dem SGB V und SGB XI. Der Behandlungsplan, den die Klägerin vorliegend zu beachten gehabt habe, diene als Abrechnungsmodell für die Kranken- und Pflegekasse. Nicht abschließend geklärt sei, ob die Beigeladene zu 3 als ambulante Pflegeeinrichtung gemäß § 71 SGB XI anerkannt ist und Versorgungsverträge sowie Rahmenverträge mit den Landesverbänden der Pflegekasse bestünden. Es müsse davon ausgegangen werden, dass die Beigeladene zu 3 sich der Klägerin bedient habe, um ihre vertraglichen Verpflichtungen im Rahmen des SGB XI gegenüber Dritten zu erfüllen, was rechtlich zulässig allein im Rahmen einer abhängigen Beschäftigung möglich sei. Maßgeblich für die betriebliche Eingliederung sei, dass sich die Tätigkeit der Klägerin nach Annahme eines Auftrags inhaltlich nicht in nennenswerter Weise von den Tätigkeiten der bei der Beigeladenen zu 3 angestellten Pflegekräfte unterscheide. Die Tätigkeit sei im Schichtbetrieb als ergänzende Kraft zum Stammpersonal ausgeübt worden. Die Klägerin habe hierbei die Nachschicht übernommen. Da der Pflegeablauf in der Intensivpflege genau festgelegt sei, habe die Klägerin identische Leistungen wie festangestellte Mitarbeiter der Beigeladenen zu 3 erbracht. Der Unterschied zu den festangestellten Mitarbeitern habe lediglich darin bestanden, dass die Klägerin keine über die normale Pflegetätigkeit hinausgehenden Tätigkeiten verrichtet und nicht an Dienst- bzw. Teambesprechungen oder auf Verlangen der Beigeladenen zu 3 an Weiterbildungsmaßnahmen teilgenommen habe. Erbringe eine Person - wie vorliegend die Klägerin - keine abgrenzbare und im Vorfeld definierte Leistung, sondern sei Mitglied eines Pflegeteams, das eine Gesamtleistung erbringe (vorliegend Pflege rund um die Uhr), so bedinge dieser Umstand notwendig die Eingliederung in eine von fremder Seite vorgegebene Arbeitsorganisation und damit eine Weisungsbefugnis des Auftraggebers. Denn der Auftraggeber habe dann die Funktion, die Leistungen der einzelnen Teammitglieder zu steuern. Die Klägerin könne daher nicht anders beurteilt werden, als die abhängig beschäftigte Stammbesellschaft, denn sie sei - wenn sie Dienste übernommen habe - in gleicher Weise in die Betriebsorganisation der Beigeladenen zu 3 eingegliedert gewesen. Auch wenn die Klägerin ihre möglichen Arbeitszeiten vorgegeben und es ihr jeweils freigestanden habe, welche konkreten Schichten sie übernehme, stelle dies kein wesentliches Merkmal für eine selbständige Tätigkeit dar. Es habe eine tatsächliche Verpflichtung, die übertragenen Aufgaben zu einem bestimmten Zeitpunkt auszuführen und während ihrer Schicht dauerhaft anwesend zu sein, bestanden. Dass die Klägerin im Vorfeld selbst Einfluss auf den jeweiligen Zeitpunkt ihrer Dienste nehmen konnte, spreche nicht für eine selbständige Tätigkeit. Absprachen über den zeitlichen Beginn und den zeitlichen Umfang einer Tätigkeit würden üblicherweise auch bei der Begründung abhängiger Beschäftigungsverhältnisse, insbesondere bei befristeten oder Teilzeit-

Arbeitsverhältnissen getroffen. Darüber hinaus seien flexible Arbeitszeitsysteme häufig auch in abhängigen Beschäftigungen anzutreffen. Das Direktionsrecht des Arbeitgebers werde nicht dadurch beseitigt, dass es nicht in jedem Detail ausgeübt werde. Dies sei bei Diensten höherer Art sogar regelmäßig der Fall, sodass sich das Weisungsrecht des Arbeitgebers zu einer funktionsgerecht dienenden Teilhabe am Arbeitsprozess verfeinere, wenn der Betreffende eingegliedert sei. Unbeachtlich sei, ob die Klägerin auch noch für weitere Auftraggeber Pflegetätigkeiten übernommen habe. Indizielle Rückschlüsse auf den sozialversicherungsrechtlichen Charakter der hier zu beurteilenden Tätigkeit könnten sich aus dem Vorhandensein weiterer Vertragsverhältnisse daher jedenfalls nicht ergeben. Auch spreche die Belastung mit Risiken im Zusammenhang mit der Verwertung der Arbeitskraft nur dann für Selbständigkeit, wenn ihr eine größere Freiheit bei der Gestaltung und Bestimmung des Umfangs des Einsatzes der eigenen Arbeitskraft gegenüberstehe oder diese zu höheren Verdienstchancen führe. Im vorliegenden Fall habe das SG selbst festgestellt, dass die Klägerin lediglich ein Unternehmerrisiko in geringem Maße zu tragen hatte. Es werde nicht übersehen, dass nach dem Willen der Beteiligten ausdrücklich ein Anstellungsverhältnis vermieden werden sollte. Allerdings vermöge dies das Zustandekommen einer Beschäftigung in sozialversicherungsrechtlichem Sinne nicht zu verhindern, da die sozialversicherungsrechtliche Einordnung des Vertragsverhältnisses nicht der Disposition der Vertragsparteien unterliege. So hätten etwa die fehlenden Regelungen zum Urlaubsanspruch und auf Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall keine Indizwirkung, da sie unter der Prämisse einer selbständigen Tätigkeit stünden.

Die Beklagte beantragt, das Urteil des Sozialgerichts Reutlingen vom 21.02.2017 aufzuheben und die Klage abzuweisen, hilfsweise, die Revision zuzulassen.

Die Klägerin beantragt, die Berufung zurückzuweisen.

Die Beigeladene zu 3 beantragt, die Berufung zurückzuweisen und Kosten der Beklagten aufzuerlegen.

Die weiteren Beigeladenen haben keinen Antrag gestellt.

Die Klägerin ist der Berufung entgegengetreten und hält die angefochtene Entscheidung für zutreffend. In der Sache hat sie ihren bisherigen Vortrag wiederholt.

Die Beigeladene zu 3 ist der Berufung entgegengetreten und hält die angefochtene Entscheidung für zutreffend. In der Sache hat sie ihren bisherigen Vortrag wiederholt.

Die Sach- und Rechtslage wurde mit den Beteiligten im nichtöffentlichen Termin am 17.11.2017 erörtert (zur Niederschrift vgl. Blatt 57/61 der Senatsakte).

Die Beklagte hat nunmehr mit am 12.03.2018 beim LSG eingegangenen Schriftsatz vom 27.11.2017 nochmals ihren Standpunkt dargelegt und darauf verwiesen, dass sich aus der Honorarvereinbarung Regelungen ergäben, die erkennbar allein darauf gerichtet seien, ein Beschäftigungsverhältnis zu negieren bzw. dessen gesetzliche Folgen auszuschließen. Diese Bestimmungen erwiesen sich als bloße Worthülsen. Andererseits enthielte diese Vereinbarung auch Einzelvereinbarungen, die für das Vorliegen von Beschäftigung sprächen. Das BSG habe entschieden, dass ein - gegenüber vergleichbaren Beschäftigten erzielbares Entgelt - hohes Honorar, das Eigenvorsorge ermögliche, ein gewichtiges Indiz für eine selbständige Tätigkeit sein könne, wobei keine überspannten Anforderungen gestellt werden dürften. Das Honorar von 30 Euro genüge dafür nicht. Die Beklagte hat verschiedene Urteile vorgelegt (dazu vgl. Blatt 69/77 der Senatsakte).

Die Klägerin hat mit Schreiben vom 10.04.2018 (Blatt 98/120 der Senatsakte) Abrechnungen und Kontoauszüge vorgelegt und angegeben, ihr Honorar belaufe sich auf über 30 Euro pro Stunde und damit mehr als doppelt so viel wie bei einem vergleichbaren Beschäftigten.

Die Beklagte hat mit Schreiben vom 23.04.2018 (Blatt 124/133 der Senatsakte) ausgeführt, die Entscheidung des LSG im Verfahren [L 11 R 4602/15](#) betreffe einen anderen Sachverhalt, die Entscheidungen in den Verfahren [L 11 R 3476/15](#) und [L 11 R 3224/14](#) überzeugten nicht. Der 11. Senat habe gänzlich die rechtlichen Beziehungen des jeweils beteiligten Pflegedienstes ignoriert. Die Beklagte und die Klägerin haben weitere Entscheidungen (vgl. Blatt 125/133, 145/148 der Senatsakte) vorgelegt.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sachverhalts sowie des Vorbringens der Beteiligten wird auf die Senatsakte sowie die beigezogene Akte des SG Bezug genommen.

Entscheidungsgründe:

Der Senat hat trotz Ausbleibens der Beigeladenen zu 1, 2 und 4 im Termin entscheiden können, diese waren ordnungsgemäß geladen und mit der Ladung war auf diese Möglichkeit hingewiesen worden ([§ 110 Abs. 1 Satz 2 SGG](#)), was der Senat festgestellt hat.

Die gemäß [§ 151 SGG](#) form- und fristgerecht eingelegte Berufung der Beklagten ist gemäß [§§ 143, 144 SGG](#) zulässig, in der Sache aber nicht begründet.

Der Bescheid der Beklagten vom 02.04.2015 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 17.08.2015 ist rechtswidrig und verletzt die Klägerin in ihren Rechten. Zutreffend hat das SG daher den Bescheid in der Gestalt des Widerspruchbescheids aufgehoben und festgestellt, dass die Klägerin ihre Tätigkeit für die Beigeladene zu 3 als Altenpflegerin in den Zeiträumen vom 13.12.2013 bis zum 13.01.2014, 01.02.2014 bis zum 17.02.2014 und vom 01.03.2014 bis zum 24.03.2014 nicht im Rahmen einer abhängigen Beschäftigung mit Versicherungspflicht in der gesetzlichen Rentenversicherung sowie nach dem Recht der Arbeitsförderung ausgeübt hat.

Zutreffend weist die Beklagte aber darauf hin, dass vorliegend eine Tätigkeit der Klägerin in der ambulanten Intensivpflege als Nachtpflege zu beurteilen ist, weshalb die Entscheidung des 11. Senats des LSG Baden-Württemberg vom 15.11.2015 ([L 11 R 4602/15](#)) zur stationären Pflege nicht übertragbar sein dürfte. Jedoch betreffen auch die von der Beklagten vorgelegten Urteile nicht alle die vorliegend zu beurteilende Fallkonstellation. Auch das von ihr vorgelegte Urteil des 10. Senats des LSG Baden-Württemberg vom 20.07.2017 ([L 10 R](#)

[91/17](#)) betrifft Tätigkeiten in einer stationären Pflegeeinrichtung, das Urteil des LSG Nordrhein-Westfalen vom 30.08.2017 ([L 8 R 962/15](#)) betrifft eine medizinisch-technische Röntgenassistentin. Auch soweit die Beklagte in der mündlichen Verhandlung auf die unter dem Az. [B 12 R 3/18 R](#) beim BSG eingelegte Revision ausgeführt hat, diese richte sich gegen das Urteil des LSG Schleswig-Holstein vom 24.05.2018 - [L 5 BA 16/18](#) - (vgl. Blatt 145/148 der Senatsakte), betrifft diese Revision zum Einen nicht das Urteil des LSG Schleswig-Holstein, sondern eine andere Revision gegen das Urteil des LSG Nordrhein-Westfalen vom 30.08.2017, zum anderen betrifft auch das Urteil des LSG Schleswig-Holstein vom 24.05.2018 ebenfalls nicht eine Tätigkeit in der ambulanten Pflege, sondern, wie auch das Urteil des LSG Nordrhein-Westfalen vom 30.08.2017, eine Tätigkeit bei einem Pflege- bzw. Seniorenheim. Lediglich das von der Beklagten vorgelegte Urteil des LSG Saarland vom 01.03.2018 ([L 1 R 101/15](#)) betrifft einen dem vorliegenden Fall ähnlichen Fall.

Nicht Gegenstand des vorliegenden Verfahrens ist, ob die Klägerin aufgrund selbständiger Tätigkeit versicherungspflichtig in der Rentenversicherung nach einem der Tatbestände des [§ 2 Abs. 1 SGB VI](#) ist. Die Beklagte hat in ihrem angefochtenen Bescheid nur das Bestehen von Versicherungspflicht in der Rentenversicherung und nach dem Recht der Arbeitsförderung wegen Vorliegens einer abhängigen Beschäftigung festgestellt. Eine Versicherungspflicht als Selbständige ist damit von vornherein nicht vom Regelungsgehalt des angefochtenen Bescheids umfasst und damit auch nicht Streitgegenstand (vgl. BSG 28.09.2011 - [B 12 R 17/09 R](#) - juris; LSG Baden-Württemberg 16.12.2014 - [L 11 R 3903/13](#) - juris).

Formell ist der angefochtene Bescheid rechtmäßig. Er ist nach erfolgter Anhörung der Beteiligten ergangen. Die Beklagte hat zudem die Anforderungen an eine Statusfeststellung erfüllt, die das BSG in seiner Rechtsprechung aufgestellt hat (BSG 11.03.2009 - [B 12 R 11/07 R](#) - [BSGE 103, 17](#) ff.; BSG 04.06.2009 - [B 12 R 6/08 R](#) - juris), und nicht nur eine isolierte Entscheidung über das Vorliegen einer abhängigen Beschäftigung "dem Grunde nach", sondern auch über das Vorliegen von Versicherungspflicht in den einzelnen Zweigen der Sozialversicherung getroffen.

Materiellrechtlich ist der angefochtene Bescheid allerdings rechtswidrig, denn die Beklagte hat zu Unrecht eine Beschäftigung und eine Versicherungspflicht der Klägerin in der Rentenversicherung sowie nach dem Recht der Arbeitsförderung im Rahmen der Statusfeststellung festgestellt.

Nach [§ 7a Abs. 1 Satz 1 SGB IV](#) können die Beteiligten schriftlich eine Entscheidung der nach [§ 7a Abs. 1 Satz 3 SGB IV](#) zuständigen Beklagten beantragen, ob eine Beschäftigung vorliegt, es sei denn, die Einzugsstelle oder ein anderer Versicherungsträger hätte im Zeitpunkt der Antragstellung bereits ein Verfahren zur Feststellung einer Beschäftigung eingeleitet. Die Beklagte entscheidet aufgrund einer Gesamtwürdigung aller Umstände des Einzelfalles, ob eine Beschäftigung vorliegt ([§ 7a Abs. 2 SGB IV](#)). Das Verwaltungsverfahren ist in den Absätzen 3 bis 5 geregelt. [§ 7a Abs. 6 SGB IV](#) regelt in Abweichung von den einschlägigen Vorschriften der einzelnen Versicherungszweige und des SGB IV den Eintritt der Versicherungspflicht (Satz 1) und die Fälligkeit des Gesamtsozialversicherungsbeitrags (Satz 2). Abs. 7 der Vorschrift ordnet die aufschiebende Wirkung von Klage und Widerspruch bezüglich der Fälligkeit der Beiträge an (Satz 1).

Mit dem rückwirkend zum 01.01.1999 durch das Gesetz zur Förderung der Selbständigkeit vom 20.12.1999 (BGBl I, 2000, 2) eingeführten Anfrageverfahren soll eine schnelle und unkomplizierte Möglichkeit zur Klärung der Statusfrage erreicht werden; zugleich sollen divergierende Entscheidungen verhindert werden ([BT-Drucks. 14/1855, S. 6](#)). Ein entsprechender Antrag auf Statusfeststellung ist seitens der Klägerin bei der Beklagten gestellt worden, auch die Beigeladene zu 3 hat einen solchen Antrag gestellt.

Ein vorheriges Verfahren zur Feststellung einer Beschäftigung durch einen anderen Versicherungsträger oder die Einzugsstelle ist nicht ersichtlich.

Personen, die gegen Arbeitsentgelt beschäftigt sind, unterlagen im streitgegenständlichen Zeitraum der Versicherungs- bzw. Beitragspflicht in der Renten- und Arbeitslosenversicherung ([§ 1 Satz 1 Nr. 1 SGB VI](#), [§ 25 Abs. 1 SGB III](#)).

Nach [§ 7 Abs. 1 Satz 1 SGB IV](#) ist Beschäftigung die nichtselbständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis; gemäß [§ 7 Abs. 1 Satz 2 SGB IV](#) sind Anhaltspunkte für eine Beschäftigung eine Tätigkeit nach Weisungen und eine Eingliederung in die Arbeitsorganisation des Weisungsgebers. Nach der ständigen Rechtsprechung des BSG (dazu und zum Folgenden statt Vieler m.w.N. BSG 20.03.2013 - [B 12 R 13/10 R](#) - SozR 4-2400, [§ 7 SGB IV](#) Nr. 19) erfordert eine Beschäftigung, dass der Arbeitnehmer vom Arbeitgeber persönlich abhängig ist. Bei einer Beschäftigung in einem fremden Betrieb ist dies der Fall, wenn der Beschäftigte in den Betrieb eingegliedert ist und dabei einem Zeit, Dauer, Ort und Art der Ausführung umfassenden Weisungsrecht des Arbeitgebers unterliegt. Diese Weisungsgebundenheit kann eingeschränkt und zur funktionsgerecht dienenden Teilhabe am Arbeitsprozess verfeinert sein. Demgegenüber ist eine selbständige Tätigkeit vornehmlich durch das eigene Unternehmerrisiko, das Vorhandensein einer eigenen Betriebsstätte, die Verfügungsmöglichkeiten über die eigene Arbeitskraft und die im Wesentlichen frei gestaltete Tätigkeit und Arbeitszeit gekennzeichnet. Ob jemand abhängig beschäftigt ist oder selbständig tätig ist, richtet sich ausgehend von den genannten Umständen nach dem Gesamtbild der Arbeitsleistung und hängt davon ab, welche Merkmale überwiegen. Das Gesamtbild bestimmt sich nach den tatsächlichen Verhältnissen (dazu und zum Folgenden m.w.N. LSG Baden-Württemberg 16.12.2014 - [L 11 R 3903/13](#) - juris). Tatsächliche Verhältnisse in diesem Sinne sind die rechtlich relevanten Umstände, 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 für die Beurteilung ist daher zunächst das Vertragsverhältnis der Beteiligten, so wie es sich aus den von ihnen getroffenen Vereinbarungen ergibt oder sich aus ihrer gelebten Beziehung erschließen lässt. Eine im Widerspruch zu ursprünglich getroffenen Vereinbarungen stehende tatsächliche Beziehung und die sich hieraus ergebende Schlussfolgerung auf die tatsächlich gewollte Natur der Rechtsbeziehungen geht der nur formellen Vereinbarung vor, soweit eine - formlose - Abbedingung rechtlich möglich ist. Umgekehrt gilt, dass die Nichtausübung eines Rechts unbeachtlich ist, solange diese Rechtsposition nicht wirksam abbedungen ist. Zu den tatsächlichen Verhältnissen in diesem Sinne gehört daher unabhängig von ihrer Ausübung auch die einem Beteiligten zustehende Rechtsmacht. In diesem Sinne gilt, dass die tatsächlichen Verhältnisse den Ausschlag geben, wenn sie von der Vereinbarung abweichen. Maßgeblich ist die Rechtsbeziehung so, wie sie praktiziert wird und die praktizierte Beziehung so, wie sie rechtlich zulässig ist (BSG 29.08.2012 - [B 12 KR 25/10 R](#) - SozR 4-2400, [§ 7 SGB IV](#) Nr. 17).

Nach den genannten Grundsätzen gelangt der Senat unter Abwägung aller Umstände zu der Überzeugung, dass die Klägerin in den streitgegenständlichen Zeiträumen keine sozialversicherungspflichtige Beschäftigung bei der Beigeladenen zu 3 ausübt und daher keine

Versicherungspflicht in der Rentenversicherung und nach dem Recht der Arbeitsförderung bestanden hat.

Die Tätigkeit als Pflegerin kann grundsätzlich sowohl als Beschäftigung als auch im Rahmen eines freien Dienstverhältnisses ausgeübt werden (vgl. zur hauswirtschaftlichen Familienbetreuerin BSG 28.09.2011 - [B 12 R 17/09 R](#) - juris; zum Familienhelfer BSG 25.04.2012 - [B 12 KR 24/10 R](#) - SozR 4-2400, § 7 Nr. 15).

Der Vertrag zwischen der Klägerin und der Beigeladenen zu 3 war über eine freie Mitarbeit geschlossen worden und sah vor, dass die Klägerin bei der Gestaltung ihrer Tätigkeit, insbesondere im Hinblick auf Zeit, Ort, Art und Dauer, frei war und berechtigt war, Aufträge abzulehnen. Die Klägerin konnte vertraglich zudem für andere Auftraggeber tätig werden, einer vorherigen schriftlichen Zustimmung der Beigeladenen zu 3 bedurfte es auch im Fall von Tätigkeiten für Mitbewerber nicht. Die Erbringung der Leistung war persönlich geschuldet. Es war einvernehmlich zwischen der Klägerin und der Beigeladenen zu 3 eine Tätigkeit als freie Mitarbeiterin auf der Basis eines Stundenhonorars von 28 Euro zuzüglich 25 % Wochenend- und 25 % Nachtzuschlag (20 bis 6 Uhr) gewollt; die Klägerin hatte ausdrücklich eine feste Anstellung bei der Beigeladenen zu 3 abgelehnt. Vereinbart war somit eine selbständige Tätigkeit.

Der Senat ist davon überzeugt, dass das Vertragsverhältnis entsprechend der Vereinbarung gelebt worden ist. Die Klägerin unterlag keinem Weisungsrecht der Beigeladenen zu 3. Es waren keine festen Arbeitszeiten vereinbart, sondern die Klägerin teilte der Beigeladenen zu 3 mit, ob und wann sie Schichten übernehmen wollte und stellte dann die erbrachte Stundenzahl für die "heilberufliche Leistungen" in Rechnung. Es bestand keine ständige Dienstbereitschaftspflicht für die Beigeladene zu 3 und es wurden der Klägerin von der Beigeladenen zu 3 keine festen Arbeitszeiten oder Schichten ohne vorherige Absprache und gegen den Willen der Klägerin zugewiesen, vielmehr bestimmte diese, wie viele und welche Schichten sie übernahm. Insbesondere waren ihre Aufträge nach der Pflegeleistung für bestimmte Pflegebedürftige nach Ort und Zeit konkret bestimmt. Eine durch betriebsbedingte Erfordernisse des Auftraggebers, des Beigeladenen zu 3, begründete Weisung, einen anderen Pflegebedürftigen gegebenenfalls auch an einem anderen Ort ab sofort für die Dauer des mit der Klägerin vereinbarten restlichen Zeitraums zu betreuen, konnte ohne Zustimmung der Klägerin nicht ergehen. Dies ergibt sich aus den vorliegenden Verträgen und aus der insoweit auch glaubhaften Angabe des Geschäftsführers der Beigeladenen zu 3 im Rahmen der mündlichen Verhandlung vor dem Senat. Der typische Kern des Direktionsrechts des Arbeitgebers gegenüber seinen Beschäftigten ist in dem Vertragsverhältnis zwischen dem Beigeladenen zu 3 und der Klägerin nicht zu erkennen. Eine Eingliederung der Klägerin in die Betriebsorganisation des Beigeladenen zu 3 war nicht erfolgt. Die Klägerin hat auch noch für weitere Auftraggeber Pflegetätigkeiten übernommen. Selbst wenn diese, ausweislich der Akten, nicht in dem streitigen Zeitraum der Tätigkeit für die Beigeladene zu 3 sondern zuvor bzw. danach erfolgten, standen gerade die Vereinbarungen für die streitigen Zeiträume auch in einem engeren zeitlichen Zusammenhang mit den weiteren Verträgen und übernommenen Aufträgen. Zwischen diesen und den vorliegend streitigen Zeiträumen lagen nur kurze Unterbrechungen. Daher war die Klägerin als Pflegekraft nicht nur und allein für die Beigeladene zu 3 tätig.

Bei der Pflege in Schichten, die bei Pflege rund um die Uhr wesensnotwendig ist, um eine umfassende Pflege zu sichern, unterlag die Klägerin keiner Kontrolle durch die Beigeladene zu 3 im Sinne von Einzelanordnungen. Dass sie mit anderen Pflegekräften der Beigeladenen zu 3 in der Weise zusammenarbeitete, dass sie an deren Schichten und Tätigkeiten anknüpfte und ihr bei der Übergabe Patient, Diagnose und Umfang der Pflege vorgestellt wurden, führt nicht dazu, dass sie damit schon in die Betriebsstruktur der Beigeladenen zu 3 eingegliedert war, denn es handelt sich dabei um in der Pflege übliche und notwendige Vorgehensweisen, in denen sich noch keine Weisungen der Beigeladenen zu 3 und keine Eingliederung in die Arbeitsorganisation der Beigeladenen zu 3 widerspiegeln, worauf auch der 11. Senat im Verfahren [L 11 R 3224/14](#) - juris hingewiesen hatte. Eine derartige Koordinierung und auch zeitliche Anbindung ist bei Pflege eines Patienten ebenso im Rahmen selbständiger Tätigkeit erforderlich. Die Klägerin musste ferner nicht an Dienst- bzw. Teambesprechungen oder auf Verlangen der Beigeladenen zu 3 an Weiterbildungsmaßnahmen teilnehmen. Sie hielt sich nicht in den Betriebsräumen der Beigeladenen zu 3 auf, sondern die Pflege erfolgte in den Räumlichkeiten des Patienten. Die erforderlichen Pflegehilfsmittel wurden aufgrund ärztlicher Verordnung von der Pflege- oder Krankenkasse bereitgestellt und befanden sich vor Ort beim Patienten. Die Klägerin nutzte weiterhin keine Betriebsmittel der Beigeladenen zu 3, etwa ein Fahrzeug, um zum Patienten zu gelangen. Die Beigeladenen zu 3 stellte kein Zeugnis, keine Beurteilung oder andere schriftliche Mitteilung über die Tätigkeit der Klägerin aus. Der Behandlungsplan, den die Klägerin zu beachten hatte, beruhte auf Vorgaben des Arztes und Ergänzungen durch den Patienten oder dessen Angehörigen und ist insoweit nicht von der Beigeladenen zu 3 erstellt worden. Es handelte sich nicht um eine Weisung der Beigeladenen zu 3 im Sinne eines Dienstplanes für die Klägerin. Dafür, dass nähere Kontrollen der Tätigkeit der Klägerin oder der Dokumentation der Pflege durch die Beigeladenen zu 3 erfolgten, liegen keine Anhaltspunkte vor. Dass die Beigeladene zu 3 sozialversicherungsrechtlich gegebenenfalls zu stärkeren Kontrollen verpflichtet gewesen wäre oder sie sich mangels ausreichender Kontrollen einem höheren Haftungsrisiko aussetzte, hat nicht zur Folge, dass die Klägerin schon deshalb als Beschäftigte anzusehen ist. Entscheidend ist vielmehr, wie die Tätigkeit tatsächlich vollzogen worden ist. Daher ist es auch nicht maßgebend, wie der Vertrag zwischen Patient und Pflegedienst ausgestaltet ist. Für die Beurteilung, ob Beschäftigung vorlag oder nicht, kommt es auf das Verhältnis zwischen der Beigeladenen zu 3 und der Klägerin an, so wie es tatsächlich vollzogen wurde.

Gegen eine selbständige Tätigkeit spricht ferner nicht, dass die Beigeladene zu 3 Vertragspartei des Patienten ist, denn damit ist noch keine Aussage über den sozialversicherungsrechtlichen Status der für die Klägerin Tätigen als Beschäftigte oder Selbständige getroffen.

Die Klägerin hatte - wenn auch nur in eher geringem Maße - ein für Selbständigkeit sprechendes Unternehmerrisiko zu tragen. Maßgebendes Kriterium für ein solches Risiko ist, ob eigenes Kapital oder die eigene Arbeitskraft auch mit der Gefahr des Verlusts eingesetzt wird, der Erfolg des Einsatzes der sächlichen oder persönlichen Mittel also ungewiss ist (siehe dazu BSG 28.09.2011 - [B 12 R 17/09 R](#) - juris; BSG 25.04.2012 - [B 12 KR 24/10 R](#) - SozR 4-2400, § 7 Nr. 15). Allerdings ist ein unternehmerisches Risiko nur dann Hinweis auf eine selbständige Tätigkeit, wenn diesem Risiko auch größere Freiheiten in der Gestaltung und der Bestimmung des Umfangs beim Einsatz der eigenen Arbeitskraft gegenüber stehen (BSG, a.a.O.). Die Klägerin hat - wie es für Dienstleistungen in der Pflege durchaus typisch ist - im Wesentlichen ihre Arbeitskraft und weniger Kapital eingesetzt, wie schon der 11. Senat im Verfahren [L 11 R 3224/14](#) - juris ausgeführt hat. Aus dem allgemeinen Risiko, außerhalb der Erledigung einzelner Aufträge zeitweise die eigene Arbeitskraft nicht verwerten zu können, folgt allerdings noch kein Unternehmerrisiko wegen der einzelnen Einsätze (BSG 28.09.2011 - [B 12 R 17/09 R](#) - juris); dies gilt auch im Hinblick darauf, dass Anschlussangebote ungewiss sind. Gegen ein Unternehmerrisiko beim einzelnen Einsatz könnte das vereinbarte pauschale Stundenhonorar von 28 Euro zuzüglich Nacht- und Wochenendzuschlägen sprechen. Doch erhielt die Klägerin stets nur eine Vergütung für geleistete Pflegestunden und damit hing der Gesamtverdienst vom zeitlichen Umfang ihres Einsatzes ab. Weder im Falle von Krankheit oder Urlaub noch etwa bei Einlieferung des Pflegebedürftigen in ein Krankenhaus und Ausfall des Auftrags erhielt die Klägerin ein Entgelt.

Insoweit trug sie selbst bei einer stundenweisen Vergütung, ein - wenn auch geringes - Unternehmerrisiko. Die Klägerin hatte, gerade auch angesichts fehlender Kontrollen durch die Beigeladene zu 3, größere Freiräume und damit einen größeren Entscheidungs- und Handlungsspielraum bei der Erfüllung der Aufträge und konnte so die Pflege - entsprechend den Bedürfnissen der Pflegebedürftigen - selbst gestalten. Sie war zudem nicht wie ein klassischer Arbeitnehmer gehalten, Arbeitsanweisungen zur Vermeidung vertragsrechtlicher Sanktionen und/oder von Schadensersatzansprüchen Folge zu leisten, vielmehr konnte sie den Einsatz ihrer Arbeitskraft selbst steuern; sie entschied, wann und wo sie tätig wurde. Dass sich tatsächlich ein Unternehmerrisiko bei der Klägerin realisiert, hat deren Bevollmächtigter in der mündlichen Verhandlung dargelegt, als dieser von Insolvenzanfechtungen von Zahlungen von Auftraggebern der Klägerin gegenüber ihr gezahlten Honoraren berichtet hat.

Für eine selbständige Tätigkeit spricht auch, dass die Klägerin eine Bürokraft eingestellt hat, die ihr die anfallenden Verwaltungsangelegenheiten erledigt. Insoweit zeigt auch dieser Umstand, dass - was für einen abhängigen Beschäftigten unüblich ist - die reine Erbringung der Dienste für die Beigeladene zu 3 nur einen Teil der mit der Tätigkeit der Klägerin einhergehenden Aufgaben war. Denn sie musste neben der Erbringung der Tätigkeit auch selbständig Rechnungen schreiben, Buchführung machen und sich nach weiteren Aufträgen umschauen sowie diese organisieren. Das aber ist auch bei kurzfristigen Beschäftigungen in dem Ausmaß, wie es bei der Klägerin angefallen ist, nicht üblich.

Für eine selbständige Tätigkeit spricht des Weiteren, dass die Klägerin im Rahmen ihrer Tätigkeit bei der Beigeladenen zu 3 nach außen nicht als fest angestellte Pflegekraft der Beigeladenen zu 3 aufgetreten ist. Sie trug bei ihren Einsätzen eigene Kleidung mit ihrem eigenen Logo und eigenem Namen. Im Gegensatz hierzu tragen die angestellten Pflegekräfte der Beigeladenen zu 3 deren Dienstkleidung. Die Klägerin benutzt ihren eigenen PKW und ihre eigenen Arbeitsmaterialien, soweit diese nicht bereits von der Kranken- und Pflegekasse gestellt werden. Sie tritt auch selbständig werbend am Markt auf. So generiert sie neue Kunden und Aufträge über Vermittlungsplattformen, mit denen sie teilweise eigene Verträge abschließt und für deren Tätigkeit auch die Klägerin ggf. ein Honorar zu bezahlen hat.

Auch kann aus der Höhe der Honorare nicht darauf geschlossen werden, dass diese zu einer eigenen Absicherung der Klägerin nicht ausreichen. So hat die Klägerin zwar ein Stundenhonorar von 28 Euro ausgehandelt, hinzu kamen aber noch Nacht- und Wochenendzuschläge, sodass sich das Stundenhonorar im Durchschnitt z.B. der Zeit vom 01.02.2014 bis zum 10.03.2014 auf 35,81 Euro belief. Dass damit eine Eigenabsicherung i.S.d. Rechtsprechung des BSG nicht möglich wäre, konnte der Senat nicht feststellen. Vielmehr liegt dieses Honorar deutlich über dem Stundenlohn von abhängig Beschäftigten. Zutreffend hat auch der 2. Senat des LSG Baden-Württemberg im Urteil vom 19.07.2017 - [L 2 R 3158/16](#) - juris darauf hingewiesen, dass ein Indiz für eine selbständige Tätigkeit die Höhe des (Brutto-)Entgelts, 28 Euro pro Stunde, darstellt. Denn - wie vorliegend - liegt dieses vereinbarte Honorar deutlich über dem Arbeitsentgelt eines vergleichbar eingesetzten sozialversicherungspflichtig Beschäftigten und lässt dadurch Eigenvorsorge zu. Das aber ist auch nach der von der Beklagten zitierten Rechtsprechung des BSG (BSG 31.03.2017 - [B 12 R 7/15 R](#) - juris) ein gewichtiges Indiz für eine selbständige Tätigkeit. Der Senat musste nach dieser Rechtsprechung des BSG auch nicht exakt ermitteln, was ein von freien Trägern ähnlich oder vergleichbar eingesetzter beschäftigter Erziehungsbeistand verdienen würde (BSG 31.03.2017 - [B 12 R 7/15 R](#) - [BSGE 123, 50-62](#) = SozR 4-2400 § 7 Nr. 30, RdNr. 50). Die Vereinbarung von Entgelten ist - von gesetzlichen Vergütungsordnungen abgesehen - Sache der Vertragspartner und Teil der Privatautonomie. Liegt das vereinbarte Honorar wie hier deutlich über dem Arbeitsentgelt eines vergleichbar eingesetzten sozialversicherungspflichtig Beschäftigten und lässt es dadurch Eigenvorsorge zu, ist dies ein gewichtiges Indiz für eine selbständige Tätigkeit. Allerdings handelt es sich auch bei der Honorarhöhe nur um eines von vielen in der Gesamtwürdigung zu berücksichtigenden Indizien, weshalb weder an die Vergleichbarkeit der betrachteten Tätigkeiten noch an den Vergleich der hieraus jeweils erzielten Entgelte bzw. Honorare überspannte Anforderungen gestellt werden dürfen (BSG 31.03.2017 - [B 12 R 7/15 R](#) - [BSGE 123, 50-62](#) = SozR 4-2400 § 7 Nr. 30, RdNr. 50 m.w.N.).

Soweit die Beklagte meint, die Vorgaben des Leistungserbringerrechts seien bei der Gesamtabwägung zur Klärung des sozialversicherungsrechtlichen Status der eingesetzten Pflegekraft zu berücksichtigen (BSG 24.03.2016 - [B 12 KR 20/14 R](#) - juris betreffend Physiotherapeuten und Leistungen nach dem SGB V; BSG 25.04.2012 - [B 12 KR 24/10 R](#) - juris zur Familienhilfe nach dem Achten Buch Sozialgesetzbuch (SGB VIII)) ist mit dem 5. Senat des LSG (a.a.O.) darauf hinzuweisen, dass diese Regelungen regelmäßig ausschließlich das Verhältnis zwischen Kostenträger (z.B. Pflegekasse) und (zugelassenem) Leistungserbringer (BSG 24.03.2016, [a.a.O.](#), auch zum Nachfolgenden) betreffen. Eine unmittelbare gesetzliche Wirkung auch bezogen auf die sozialversicherungsrechtliche und beitragsrechtliche Lage in Bezug auf die konkret tätig werdende Person fehlt. Selbst die Annahme, solche Dienste ließen sich wegen gesetzlicher Vorgaben sachgerecht nur durch Beschäftigte erbringen, führt zu keinem zwingenden Ergebnis. Denn hieraus kann nicht ohne Weiteres geschlossen werden, dass die Beteiligten diese Einschätzung teilten und sie umsetzen wollten und dies auch taten (BSG 25.04.2012 - [B 12 KR 24/10 R](#) - juris), wie auch der 5. Senat zutreffend ausgeführt hat. Auch ein Verstoß gegen rechtliche Bindungen, nur abhängig Beschäftigte einzusetzen, würde nur das Verhältnis der Beigeladenen zu 3 zu den Leistungsträgern betreffen und könnte ggf. Sanktionen von dort auslösen (BSG 14.09.1989 - [12 RK 64/87](#) - juris). Unmittelbare Auswirkungen auf das Verhältnis zwischen der Klägerin und der Beigeladenen zu 3 hätte dies aber nicht (vgl. BSG, a.a.O. und 5. Senat des LSG a.a.O.). Damit musste der Senat auch nicht die Versorgungsverträge der Beigeladenen zu 3 beiziehen. In der mündlichen Verhandlung hat die Beigeladene zu 3 ausgeführt, mit manchen Pflegekassen sei der Einsatz von freien, selbständigen Kräften vereinbart, mit anderen nicht. Ist aber im Verhältnis zu Pflegekassen der Einsatz auch anderer qualifizierter Personen statt fester, eigener Mitarbeiter zulässig, so geht die Überlegung der beklagten insoweit fehl.

Damit überwiegen im Rahmen einer Gesamtwürdigung diejenigen Aspekte, die für eine selbständige Tätigkeit und gegen eine abhängige Beschäftigung sprechen.

Der Überzeugung des Senats steht auch nicht das Urteil des 5. Senats des LSG vom 27.09.2017 ([L 5 R 4632/16](#)) entgegen. Denn der 5. Senat hat im Fall einer Tätigkeit in einer stationären Pflegeeinrichtung ergangenen Entscheidung - vorliegend ist Tätigkeit bei einem ambulanten Pflegedienst streitig - festgestellt, dass allein der auftraggebende Pflegedienst und nicht die Pflegekraft unternehmerische Freiräume gehabt und der Pflegedienst die Arbeitsleistung der Pflegekraft zu deren Ausfüllung nach eigener Planung und Kalkulation genutzt hatte. Die Pflegekraft hatte lediglich die Aussicht gehabt, Arbeitsaufträge bei schnellerer Arbeit früher als vom Pflegedienst veranschlagt beenden zu können. Zutreffen hat der 5. Senat dann gefolgert, dass auf freies Unternehmertum hinweisende Gewinn- oder Verlustaussichten darin nicht liegen, zumal die Pflegekraft durch schnellere Arbeit "erwirtschaftete" Arbeitszeit nicht hat anderweitig gewinnbringend nutzen können, denn sie war mit ihrer Arbeitsleistung für den Pflegedienst in den vereinbarten Zeiträumen voll ausgelastet. Die Pflegekraft wurde dort letztlich nur für ihren Arbeitseinsatz bezahlt. Dem stimmt der Senat zu, stellt aber fest, dass diese Merkmale

vorliegend nicht gegeben sind, Vielmehr verblieb der Klägerin ein wirtschaftlicher Freiraum auch während der Tätigkeit für die Beigeladene zu 3. Insoweit hat sie nicht nur "Geld für Arbeitskraft" eingesetzt, sondern auch wirtschaftliche und persönliche Freiheiten bei der Gestaltung der Schichten erlangt, die einem abhängig Beschäftigten – auch nicht bei Diensten höherer Art - nicht zukommen. So konnte die Klägerin vorliegend nicht nur ihr Entgelt und die Arbeitszeit frei aushandeln, sie konnte bei der dauerhaft geleisteten Tätigkeit in Nachschicht auch den restlichen Tag zur freien Verfügung gestalten.

Auch das von der Beklagten zitierte Urteil des LSG Saarland vom 01.03.2018 ([L 1 R 101/15](#)) lässt keine Schlüsse auf den vorliegenden Fall zu. Denn das LSG hat dort festgestellt, dass der Pflegekraft dort keine Möglichkeit verblieben sei, ihre Verdienstchancen zu verbessern. Es bestehe auch kein Verlustrisiko, da die Pflegekraft bei festem Tagessatz tätig gewesen sei. Auch war die dortige Pflegekraft aufgrund eines unbefristeten Kooperationsvertrages für den Pflegedienst tätig geworden. Insoweit unterscheidet sich der saarländische Fall von dem vorliegend zu entscheidenden Rechtsstreit. Denn vorliegend war der Klägerin nicht nur die Möglichkeit eröffnet, neben der Tätigkeit für die Beigeladene zu 3 weitere Tätigkeiten aufzunehmen und so ein zusätzliches Honorar sowie durch entsprechende Verhandlungen mit der Beigeladenen zu 3 bei einem neuen Vertragsabschluss zu einem weiteren Auftrag ein höheres Honorar zu erzielen. Das war im Fall des LSG Saarland aber wegen des unbefristeten Kooperationsvertrages nicht möglich. Einen solchen Kooperationsvertrag hat die Klägerin jedenfalls nicht mit den Beigeladenen zu 3. Ob ein solcher Vertrag mit anderen Auftraggebern besteht, ist – wie die Beklagte zutreffend im Hinblick auf Vertragsverhältnisse mit anderen Auftraggebern dargelegt hat – für die vorliegende Beurteilung nicht relevant. Der Senat ist zu der Feststellung gelangt, dass die Klägerin – anders als im saarländischen Fall – vorliegend nicht nur ein wirtschaftliche Risiko, sondern auch wirtschaftliche und persönliche Freiheiten getragen hatte, die insgesamt und unter Berücksichtigung der für und auch der gegen eine selbständige Tätigkeit sprechenden Aspekte, die der Senat alle berücksichtigt, mit dem richtigen Gewicht bemessen und abgewogen hat, der Tätigkeit der Klägerin das Gepräge einer selbständigen Tätigkeit und gerade nicht dasjenige einer abhängigen Beschäftigung geben.

Bestätigt sieht sich der Senat durch die Entscheidung 2. Senats des LSG Baden-Württemberg vom 19.07.2017 im Verfahren [L 2 R 3158/16](#) – juris, in dem ebenfalls die selbständige Tätigkeit einer im ambulanten Pflegedienst tätige (Kranken-)Pflegekraft für mehrere Auftraggeber bei einem Vertrag über freie Mitarbeit und Vereinbarung eines Stundenhonorars, dessen Höhe Eigenvorsorge zulässt, angenommen worden war. Der 2. Senat hat im Fall einer weitaus stärker in den Ablauf eingegliederten und längerfristig tätigen Pflegekraft eine selbständige Tätigkeit bejaht.

Mit der Feststellung des Senats, dass die Klägerin in der Tätigkeit für die Beigeladene zu 3 in den streitigen Zeiträumen selbständig tätig und nicht abhängig beschäftigt war, ist sie weder rentenversicherungspflichtig noch arbeitslosenversicherungspflichtig wegen einer abhängigen Beschäftigung. Damit erweist sich der angefochtene Bescheid der Beklagten und der Widerspruchsbescheid, wie vom SG zutreffend ausgeführt, als rechtswidrig. Das Urteil des SG war zu bestätigen, die Berufung der Beklagten zurückzuweisen.

Die Kostenentscheidung beruht auf [§ 193 SGG](#) und berücksichtigt, dass die Beigeladene zu 3 sich durch ihre Antragstellung einem Prozessrisiko ausgesetzt und schlussendlich obsiegt hatte.

Gründe für die Revision liegen nicht vor. Dass der 5. Senat im Fall einer Pfl egetätigkeit in einer stationären Einrichtung die Revision zugelassen hatte und die Beklagte die Revision eingelegt hatte (Az. [B 12 R 7/17 R](#)), führt im Fall einer ambulant erbrachten Pflege nicht dazu, dass wegen grundsätzlicher Bedeutung die Revision zuzulassen ist.

Rechtskraft

Aus

Login

BWB

Saved

2019-01-04