L 5 R 867/08

Land
Freistaat Bayern
Sozialgericht
Bayerisches LSG
Sachgebiet
Rentenversicherung
Abteilung
5
1. Instanz
SG München (FSB)
Aktenzeichen
S 13 R 4010/04
Datum
13.10.2006
2. Instanz
Bayerisches LSG
Aktenzeichen
L 5 R 867/08
Datum
24.11.2009
3. Instanz
Bundessozialgericht
Aktenzeichen
-
Datum
-
Kategorie
Urteil
Leitsätze
Zu den Voraussetzungen einer selbstständigen Tätigkeit einer Pflegekraft
I. Die Berufung der Beklagten gegen das Urteil des Sozialgerichts München vom 13. Oktober 2006 wird zurückgewiesen.

II. Die Beklagte trägt die notwendigen außergerichtlichen Kosten der Klägerin sowie der Beigeladenen zu 1).

III. Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand:

Die Klägerin begehrt die Feststellung, dass sie als Pflegekraft nicht versicherungspflichtig beschäftigt war.
1.
Die 1966 geborene Klägerin ist von Beruf Kranken- und Altenpflegerin. Seit 01.10.2004 betreibt sie selbst einen eigenen ambulanten Pflegedienst und beschäftigt dort mehrere Mitarbeiter.

Am 25.11.2001 beantragte die Klägerin bei der Beklagten die Feststellung ihres sozialversicherungsrechtlichen Status. Sie werde ab 01.01.2002 als freiberufliche Kranken- und Altenpflegerin für den ambulanten Pflegedienst des K. S. (deren Rechtsnachfolger der Beigeladene zu 1) ist) sowie für die Beigeladene zu 2) tätig sein und dabei jeweils Leistungen der Grund- und Behandlungspflege erbringen einschließlich Blutdruck-, Puls- und Temperaturmessung oder Dekubitusmaßnahmen. Die jeweiligen Verträge über freie Mitarbeit mit den beigeladenen Pflegediensten waren als Rahmenverträge ausgestaltet und enthielten eine Vergütung von 13,30 EUR/Stunde (Beigeladene zu 1) und 17,90 EUR /Stunde (Beigeladene zu 1). Arbeitszeit, Arbeitsort und Art und Weise der Pflege waren im Einzelfall nach Vereinbarung festzulegen. Eine Verpflichtung zur höchstpersönlichen Arbeitsleistung bestand nicht. Eigene Patienten der Pflegedienste durfte die Klägerin nicht behandeln. Ergänzend gab die Klägerin an, es bestünde kein Unternehmerrisiko, weil sie keine eigenen Betriebsmittel einsetze und auch von ihrem Arbeitgeber keine erhalte. Es seien Pflege- und Betreuungskontrollen zu fertigen. Eine Auflistung der Betriebsausgaben der Klägerin umfasste im Wesentlichen Kosten für Pkw, Computer sowie Telefon. Mit Bescheid vom 09.01.2003 stellte die Beklagte fest, dass die Klägerin ihre Tätigkeit als Kranken- und Altenpflegerin für die Beigeladenen zu 1) und zu 2) seit dem 01.01.2002 in einem abhängigen, dem Grunde nach sozialversicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnis ausübe. Die Klägerin sei in die Arbeitsorganisationen der Beigeladenen eingebunden, welche im Rahmen des Direktionsrechtes Zeit, Dauer, Ort und Art der Tätigkeiten festlegten.

Im anschließenden Widerspruchsverfahren trug die Klägerin vor, sie sei seit 01.10.2002 nicht mehr für die Beigeladene zu 2) tätig und seit Ende 2002 auch nicht mehr für die Beigeladene zu 1). Mittlerweile betreibe sie als angemeldetes Gewerbe einen eigenen Fußpflegedienst; Pflegeleistungen erbringe sie für den Pflegedienst "A.". Sie sei Mitglied in der Berufsgenossenschaft für Gesundheitsdienst und Wohlfahrtspflege und habe eine eigene Kranken- und Rentenversicherung abgeschlossen. Notwendige Arbeitsmittel wie Handschuhe, Desinfektionsmittel, Verbände für Erste Hilfe etc. erwerbe sie selbst auf eigene Kosten. Bei der Fußpflege überwälze sie diese Kosten auf ihre Kunden. Sie qualifiziere sich selbstständig weiter, was Teilnahmebestätigungen eines Tagesseminars zu Organisationsstrukturen in ambulanten Pflegediensten sowie zur Wundversorgung belegen könnten.

Mit Widerspruchsbescheid vom 26.11.2003 wies die Beklagte den Widerspruch als unbegründet zurück. Die Klägerin übe nur untergeordnete Pflegearbeiten aus, so dass eine Eingliederung in einen fremden Betrieb zu unterstellen sei. Sie setze kein eigenes Kapital ein, und trage kein Unternehmerrisiko. Wegen der Bezahlung nach Stunden setze sie ihre eigene Arbeitskraft nicht mit ungewissem Erfolg ein. In einer Gesamtwürdigung ergebe sich ein Überwiegen der Anhaltspunkte für eine abhängige Beschäftigung. Die Fußpflege sei von der

gegenständlichen Pflegetätigkeit zu trennen und beeinflusse deren Einordnung unter die abhängige Beschäftigung nicht.

2.
Dagegen hat die Klägerin Klage zum Sozialgericht München erhoben zur Feststellung einer versicherungsfreien Tätigkeit. Sie hat im Wesentlichen ihr bisheriges Vorbringen wiederholt und im Termin zur mündlichen Verhandlung ergänzend angegeben, dass sie für die Beigeladene zu 1) vom 01.04.2002 bis 21.11.2002 tätig gewesen sei und für die Beigeladene zu 2) vom 01.01.2002 bis Oktober 2002. Für letztere habe sie eine 24-Stunden-Patientin gepflegt. Eine Verpflichtung, bestimmte Aufträge zu übernehmen habe nicht bestanden, die Auftragsübernahme sei für die Klägerin davon abhängig gewesen, dass sie nicht anderweitig gebunden gewesen sei. Sie habe Dokumentationen anhand eines Pflegeplanes erstellen müssen. Die Beigeladene zu 2) hat angegeben, die Klägerin sei nicht in ihre Arbeitsorganisation eingebunden gewesen und habe anders als die fest angestellten Pflegekräfte nicht an Arbeitsbesprechungen teilnehmen müssen und dies auch nicht getan.

Mit Urteil vom gleichen Tag hat das Sozialgericht die Entscheidung der Beklagten aufgehoben und eine dem Grunde nach versicherungsfreie Tätigkeit festgestellt. Nach dem Gesamtbild der Leistungen habe die Klägerin eigenständige ambulante Pflegeleistungen erbracht. Ausgehend von der gesetzlich anerkannten Möglichkeit, dass Pflegekräfte auch selbstständig tätig und als Selbstständige rentenversicherungspflichtig sein können, sei entscheidend, dass die Klägerin als fachlich qualifizierte Kraft weisungsfrei Pflegeleistungen ohne Einordnung in einen fremden Betrieb erbracht habe. Anders als angestellte Pflegekräfte habe sich die Klägerin stets um die Erteilung von Pflegeaufträgen selbst bemühen müssen. Auch sprächen die Auftragsannahme für den weiteren Pflegedienst "A." sowie die mittlerweile zum 01.10.2004 erfolgte Gründung eines eigenen Pflegedienstes für eine selbstständige Tätigkeit.

3.
Dagegen hat die Beklagte Berufung eingelegt mit der Begründung, die Erbringung von Pflegeleistungen für Dritte könne nicht als selbstständige Tätigkeit angesehen werden. Das vom Sozialgericht angeführte Unternehmerrisiko in Gestalt der Unsicherheit, Aufträge zu erhalten, stelle lediglich das allgemeine Erwerbsrisiko dar. Die Klägerin habe kein eigenes Kapital eingesetzt, sondern lediglich ihre eigene Arbeitskraft und das wegen der Stundenvergütung auch nicht mit ungewissem Ausgang.

Mit Bescheid vom 05.11.2009 hat die Beklagte eine versicherungspflichtige Beschäftigung der Klägerin bei der Beigeladenen zu 2) in der Zeit vom 01.01.2002 bis Oktober 2002 festgestellt.

Die Beklagte beantragt,

das Urteil des Sozialgerichts München vom 13.10.2006 aufzuheben und die Klage abzuweisen.

Die Klägerin und die Beigeladene zu 1) beantragen,

die Berufung zurückzuweisen.

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

Entscheidungsgründe:

Die form- und fristgerecht eingelegte Berufung ist zulässig (§§ 143, 144 Sozialgerichtsgesetz - SGG), aber unbegründet. Zu Recht hat das Sozialgericht festgestellt, dass die Tätigkeit der Klägerin als Pflegekraft nicht sozialversicherungspflichtig war.

Streitgegenstand ist der Bescheid der Beklagten vom 09.01.2003 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 26.11.2003, wonach eine Beschäftigung der Klägerin bei der Beigeladenen zu 1) vom 01.04.2002 bis 21.11.2002 sowie für die Beigeladene zu 2) vom 01.01.2002 bis Oktober 2002 festgestellt worden ist. Ebenso ist Streitgegenstand nach §§ 96 Abs 1, 99 Abs 2 SGG der Bescheid der Beklagten vom 05.11.2009.

1.

Die Beklagte ist in dem von der Klägerin eingeleiteten Anfrageverfahren nach § 7a SGB IV als zuständige Behörde vom zutreffenden Ausgangspunkt, der Gesamtwürdigung aller Umstände des Einzelfalls gemäß § 7a Abs 2 SGB IV, ausgehend zur unzutreffenden Feststellung gelangt, dass die Klägerin im streitigen Zeitraum bei den Beigeladenen zu 1) und zu 2) abhängig beschäftigt war.

Beurteilungsmaßstab für das Vorliegen einer abhängigen Beschäftigung ist § 7 Abs 1 Satz 1 SGB IV. Danach ist Beschäftigung die nichtselbstständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis. Nach der ständigen Rechtsprechung des BSG setzt eine Beschäftigung voraus, dass der Arbeitnehmer vom Arbeitgeber persönlich abhängig ist. Dies ist der Fall, wenn der Beschäftigte in einen fremden Betrieb eingegliedert ist und dabei einem Zeit, Dauer, Ort und Art der Ausführung umfassenden Weisungsrecht des Arbeitgebers unterliegt. Demgegenüber ist eine selbstständige Tätigkeit vornehmlich durch das Unternehmerrisiko, dem spiegelbildlich eine Unternehmenschance gegenübersteht, das Vorhandensein einer eigenen Betriebsstätte, die Verfügungsmöglichkeit über die eigene Arbeitskraft und die im Wesentlichen frei gestaltete Tätigkeit und Arbeitszeit gekennzeichnet. Ob jemand abhängig beschäftigt oder selbstständig tätig ist, hängt davon ab, welche Merkmale überwiegen (st. Rspr., vgl. BSG Urteil vom 28.05.2008 - B 12 KR 13/07 R; Bayer. LSG Urteil vom 13.07.2005 - L 5 KR 187/04 vgl. auch BVerfG vom 20.05.1996, 1 BvR 21/96, SozR 3-2400 § 7 Nr. 11). Maßgebend ist stets das Gesamtbild der Arbeitsleistung. Ausgangspunkt sind die vertraglichen Vereinbarungen der Beteiligten; weichen die Vereinbarungen von den tatsächlichen Ausgestaltungen ab, sind diese maßgeblich - soweit sie rechtlich zulässig sind (BSG NZS 2007, 648).

Ist die Tätigkeit einer Pflegekraft zu beurteilen, ist die gesetzliche Wertung des § 2 Abs. 1 Nr. 2 SGB VI zu beachten, wonach selbstständige Pflegepersonen unter weiteren Voraussetzungen in der gesetzlichen Rentenversicherung versicherungspflichtig sind. Das heißt, der Gesetzgeber selbst erkennt an, dass Pflegepersonen selbstständig tätig sein können.

2.

In Anwendung dieser Rechtsgrundsätze auf den hier zu entscheidenden Fall ergibt eine Gesamtabwägung der maßgeblichen Anhaltspunkte ein Überwiegen zu Gunsten der selbstständigen Tätigkeit.

a)
Nach den in den Verwaltungsakten der Beklagten aufgenommenen Vertrag über freie Mitarbeit zwischen der Klägerin und der Beigeladenen zu 2) sowie dem Vertrag über eine freie Mitarbeit zwischen der Klägerin und der Beigeladenen zu 1) vom 01.04.2002 war die Klägerin weder verpflichtet, ihr angebotene Aufträge zu übernehmen, noch war sie zur höchstpersönlichen Arbeitsleistung verpflichtet, wie es gemäß § 613 BGB typisch für eine Arbeitnehmertätigkeit wäre. Ausdrücklich war sie gegenüber der Beigeladenen zu 2) berechtigt, die Leistung durch Erfüllungsgehilfen erbringen zu lassen. Gegenüber der Beigeladenen zu 1) war sie im Verhinderungsfall nur zur rechtzeitigen Benachrichtigung verpflichtet. Gegenüber der Beigeladenen zu 2) war die Klägerin berechtigt, auch für andere Auftraggeber - mit Ausnahme direkter Konkurrenten - tätig zu sein, gegenüber der Beigeladenen zu 1) bestand keinerlei Konkurrenzverbot. Arbeitnehmertypische Pflichten, Nebenleistungen zu erbringen oder z.B. an Besprechungen teilzunehmen, waren nicht vereinbart.

Diese vertraglichen Freiheiten haben die Klägerin und die Beigeladenen auch tatsächlich so gehandhabt. Die Klägerin war für beide Beigeladenen tätig, obgleich beide im gleichen räumlichen Bereich die identische Leistung, nämlich die Pflege von Pflegedürftigen anbieten, also unmittelbare Marktkonkurrenten sind. Die Klägerin hat nach ihren glaubhaften Angaben nur nach ihren eigenen Gegebenheiten und Kriterien Pflegeaufträge angenommen. Sie hat weder an Teambesprechungen, Betriebskonferenzen oder Mitarbeitermeetings der Beigeladenen teilgenommen noch wurde sie dazu eingeladen. Andere Nebenpflichten oder -arbeiten hat sie ebenso wenig ausgeführt.

Die Klägerin hatte durch eigenes Tätigwerden die Beigeladenen zu 1) und zu 2) als Auftraggeber gewonnen, sie war also selbst akquirierend auf dem Markt aufgetreten. So war es ihr auch möglich, noch vor Abschluss des Verwaltungsverfahrens den Pflegedienst "A." als weiteren Auftraggeber zu gewinnen.

Es war der Klägerin gelungen, gegenüber der Beigeladenen mit 17,90 EUR/Std einen deutlich höheren Honorarsatz auszuhandeln als gegenüber der Beigeladenen zu 1), mit der ein Satz von 13,30 EUR/Std festgelegt war.

Die Klägerin hat - wenn auch nur in geringem Umfang - eigene Betriebsmittel eingesetzt, wie z.B. PKW, PC oder Telefon.

Die Klägerin war auch einem gewissen eigenen Unternehmerrisiko ausgesetzt, dem eine gewisse Unternehmenschance gegenüberstand. Sie musste sich eigene Pflegeaufträge beschaffen und diese zu mehr als der allgemeinen Zufriedenheit ausführen, um weitere, Nachfolge- oder Ausweitungsaufträge zu erhalten. Nur so konnte sie den Erhalt ihrer Erwerbsgrundlage sichern.

b)
Dabei wird nicht übersehen, dass auch deutliche Elemente der abhängigen Beschäftigung im Verhältnis der Klägerin und der beiden Beigeladenen vorhanden waren.

Dies sind in erster Linie die Art und Weise der Tätigkeiten, die Arbeiten der Pflege, welche die Klägerin auf Grund ihrer Qualifikation erbringen konnte und die im Wesentlichen von vornherein weitgehend so festgelegt waren, dass sich Möglichkeiten zu nennenswerten eigenen Entscheidungen oder zu eigener Entfaltung nicht ergeben konnten. Hatte die Klägerin einen Pflegepatienten - wie insbesondere die 24-Stunden-Pflege-Patientin für die Beigeladene zu 2) - übernommen, lagen Zeit, Ort, Art und Umfang der Pflege fest. Eine nennenswerte Freiheit in der Ausgestaltung der Arbeit bestand dort faktisch nicht. Medizinische Entscheidungen oder eine anderweitige Bestimmungsgewalt waren der Klägerin nicht zugewiesen.

Die verabredete Vergütung nach Stunden war arbeitnehmertypisch. Diese Entlohnungsart führt dazu, dass nur mit dem verstärkten Einsatz der eigenen Arbeitskraft höhere Einkünfte erzielt werden können. Die Unternehmenschance der Klägerin bestand somit im Wesentlichen nur darin selbst mehr zu arbeiten. Dem entspricht es, dass ihre eigenen Betriebsmittel PKW, PC oder Telefon zur regelmäßigen Ausstattung eines Privathaushaltes zählen und sich damit als relevantes Unterscheidungskriterium kaum eignen.

Die Klägerin hatte ihre Leistungen nicht als Pflegeeinrichtung gegenüber den Kostenträgern, den Kranken- und Pflegekassen abgerechnet und ebenso wenig gegenüber den Pflegepatienten. Ein eigenes Auftreten als (Sub-)Unternehmerin gegenüber den Patienten bzw. deren Kostenträger war nicht zu verzeichnen.

Schließlich hatte die Klägerin im streitigen Zeitraum (noch) keine eigenen Arbeitskräfte zur Verfügung, so dass trotz anderweitiger vertraglicher Regelung die höchstpersönliche Leistungserbringung faktisch die Regel war.

Diese Gesichtspunkte treten jedoch nicht zuletzt wegen der gesetzlichen Wertung des § 2 Abs. 1 Nr. 2 SGB VI hinter den oben genannten für die Selbstständigkeit sprechenden gewichtigeren Kriterien zurück. Dieses Ergebnis wird zudem dadurch bestätigt, dass die Klägerin im streitigen Zeitraum erst begonnen hatte, selbstständig Pflegeleistungen anzubieten, sie sich somit erst in der Gründungsphase ihrer Tätigkeit befunden hatte, in der sich nicht zuletzt wegen der häufig anzutreffenden vorläufigen Abhängigkeit von nur wenigen Auftraggebern die volle Form der Selbstständigkeit erst noch entwickeln muss. Insoweit darf nicht übersehen werden, dass die Klägerin ihr Erwerbsmodell nicht nur vorübergehend ausgeübt hat, sondern dass sie nur rund zwei Jahre nach Ende des streitigen Zeitraums den Betrieb eines eigenen Pflegedienst mit zwei Vollzeitkräften und mit weiteren Teilzeitkräften in die Tat umgesetzt hat. Das gefundene Ergebnis der Gesamtabwägung wird also durch die nachfolgende Entwicklung zusätzlich bestätigt.

Die Berufung der Beklagten bleibt damit ohne Erfolg. Ob nach den Urteilen des BSG vom 11.03.2007 - B 12 R 11/07 R - und vom 04.06.2009 - B 12 KR 31/07 R - die Entscheidung der Beklagten bereits deswegen aufzuheben wäre, weil sie nicht zur Feststellung der Versicherungspflicht "dem Grunde nach" berechtigt war, ist nicht entscheidungserheblich. Das gleiche gilt für die Frage, ob mit dem Bescheid vom 05.11.2009 zur Tätigkeit für die Beigeladene zu 2) eine Korrektur möglich war.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 193 SGG.

Gründe zur Zulassung der Revision nach § 160 Abs. 2 SGG sind nicht ersichtlich.
Rechtskraft
Aus
Login
FSB
Saved
2016-02-11