

## L 7 R 5028/16

Land  
Freistaat Bayern  
Sozialgericht  
Bayerisches LSG  
Sachgebiet  
Rentenversicherung  
Abteilung  
7

1. Instanz  
SG München (FSB)  
Aktenzeichen  
S 56 R 1475/14

Datum  
17.02.2016

2. Instanz  
Bayerisches LSG  
Aktenzeichen  
L 7 R 5028/16

Datum  
28.09.2017

3. Instanz  
Bundessozialgericht  
Aktenzeichen

-  
Datum

-  
Kategorie  
Urteil  
Leitsätze

Zur Abgrenzung abhängiger Beschäftigung von selbständiger Tätigkeit im Pflegebereich

I. Auf die Berufung der Beklagten wird der Gerichtsbescheid des Sozialgerichts München vom 17. Februar 2016 - [S 56 R 1475/15](#) aufgehoben und die Klage gegen den Bescheid der Beklagten vom 7. Januar 2014 idG des Widerspruchsbescheides vom 16. Juli 2014 abgewiesen.

II. Außergerichtliche Kosten sind nicht zu erstatten.

III. Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand:

Streitig ist die sozialversicherungsrechtliche Beurteilung der Tätigkeit der Klägerin und Berufungsbeklagten (in der Folge: Klägerin) für den Beigeladenen zu 1 (in der Folge: Beigeladener) nach [§ 7a SGB IV](#) in der Zeit seit 1.12.2012.

Die 1952 geborene Klägerin ist ausgebildete Krankenschwester mit umfassender Berufserfahrung im stationären und ambulanten Bereich. Sie verfügt weiter über langjährige Erfahrung mit kranken Menschen in der außerklinischen Intensivpflege mit Schwerpunkt Beatmungspflege sowie über vertiefte Kenntnisse über die Versorgung von Patienten, die außerhalb der Klinik beatmet und intensiv versorgt werden müssen. Die Klägerin ist als Gesundheits- und Krankenpflegerin in der Medizinalpersonenkartei der zuständigen Behörde gemeldet (Art 12 und 16 Gesundheitsdienst- und Verbraucherschutzgesetz, GDVG). Sie geht außerdem einer abhängigen Beschäftigung beim CPD-Intensivpflegedienst nach. Die Klägerin beschäftigt seit 2014 eine Pflegehelferin, die sie im Rahmen der vorliegend streitigen Beschäftigung allerdings nicht einsetzte.

Der Beigeladene ist ein ambulanter Pflegedienst, der auf die Bereitstellung von Dienstleistungen im Bereich der ambulanten Versorgung von tracheotomierten und langzeitbeatmeten Menschen spezialisiert ist. Mit ihm schloss die Klägerin am 15.11.2012 für die Zeit ab 1.12.2012 einen Kooperationsvertrag (vgl. BI 22 ff der Beklagtenakte) über die Rahmenbedingungen einer künftigen Geschäftsbeziehung. Danach erbringt die Klägerin unter der Voraussetzung der Auftragserteilung bzw. Auftragsaufnahme im Einzelfall im Wesentlichen folgende Leistungen, wobei der Umfang der konkret beauftragten Tätigkeiten, wenn sie vom folgenden Leistungskatalog abweichen, im einzelnen Auftrag schriftlich festzulegen ist: \* Überwachung und Kontrolle, der für den jeweiligen Klienten notwendigen medizinischen Geräte; \* Beratung und Anleitung des Klienten und dessen Angehörigen in fachpflegerischen Fragen; \* ganzheitliche, fachpflegerische Versorgung des Klienten; \* Ermittlung fallspezifischer Daten und Gegebenheiten im Bereich des Klienten, die für die weitere Beratung/Behandlung von Bedeutung sein könnten; \* Beratung des Beigeladenen in speziellen Fachfragen; \* Kommunikation zwischen Beigeladenem und Klient und anderen Stellen, soweit notwendig nach eigenem Ermessen des Beigeladenen. Die Klägerin ist verpflichtet, die Einzelaufträge in eigener Person durchzuführen, ausnahmsweise durch Dritte, wenn der Beigeladene einverstanden ist. Der Ort der Auftragsdurchführung richtet sich nach den Bedürfnissen des Klienten (III. des Kooperationsvertrages). Zur Auftragsabwicklung (IV. des Kooperationsvertrages) ist vereinbart, dass die Klägerin nach eigenem Ermessen ihre zeitlichen und fachlichen Kapazitäten anbietet, die sie dem Beigeladenen zur Verfügung stellen will. Soweit das Angebot mit dem Tätigkeitsbedarf des Beigeladenen übereinstimmt, unterbreitet dieser der Klägerin ein schriftliches Angebot, aus dem sich das Auftragsvolumen in zeitlicher und fachlicher Hinsicht ergibt. Dieses kann die Klägerin schriftlich annehmen oder ablehnen. Im Fall der Auftragsannahme hat die Klägerin mitzuteilen, ob sie den Auftrag persönlich oder durch Dritte ausführt, wobei der Beigeladene berechtigt ist, die Ausführung durch einen Dritten abzulehnen. Die Klägerin ist verpflichtet, den Auftrag eigenständig und professionell unter Berücksichtigung des aktuellen Fach- und Wissensstandes zu erbringen (Arbeitsweise, V. des Kooperationsvertrages). Die Vergütung der Klägerin erfolgt entweder nach zeitlichem Aufwand (23 EUR pro Stunde) oder projektbezogen und hier nach

auftragsbezogener, individueller Vereinbarung (Vergütung, VI. des Kooperationsvertrags). Nach den Grundsätzen der Geschäftsbeziehung gehen die Klägerin und der Beigeladene davon aus, dass kein Angestelltenverhältnis vorliegt. Die Klägerin verpflichtet sich, sich gegen das finanzielle Risiko von Krankheit und im Alter abzusichern (VII. des Kooperationsvertrags). Die Klägerin verpflichtet sich weiter eine Berufshaftpflichtversicherung abzuschließen und gegenüber dem Beigeladenen nachzuweisen, im Fall einer Vertretung auch eine solche des Vertreters. Die Klägerin haftet für Vorsatz und Fahrlässigkeit, wobei §§ 280, 276 BGB entsprechende Anwendung finden sollen (Haftung/Gewährleistung, VIII. des Kooperationsvertrags). Der Kooperationsvertrag ist mit einer Kündigungsfrist von vier Wochen schriftlich kündbar. Die ordentliche Kündigung vereinbarter Einzelaufträge ist ausgeschlossen (Kündigung, X. des Kooperationsvertrags). Die Klägerin verpflichtet sich schließlich im Rahmen einer konkreten Tätigkeit für einen Klienten des Beigeladenen keine weiteren Leistungen für denselben Klienten im eigenen Namen oder für Dritte zu erbringen (XII. des Kooperationsvertrags).

Am 12.9.2013 beantragte die Klägerin bei der Beklagten und Berufungsklägerin (in der Folge: Beklagte) die Feststellung ihres sozialversicherungsrechtlichen Status ua ihrer Tätigkeit beim Beigeladenen als Gesundheits- und Krankenpflegerin. Sie habe Kapital aus ihrem privat gesparten Vermögen eingesetzt, verlange branchenübliche Preise, Werbung erfolge durch Kundschaft und sie habe lediglich einen Auftrag des Beigeladenen abgelehnt. Auf Nachfrage der Beklagten erklärte die Klägerin weiter, dass der Beigeladene bei seinen Kunden das Einverständnis einhole, dass die Pflege durch sie, also die Klägerin, erbracht werde. Sie trete in eigenem Namen und auf eigene Rechnung auf. Sie gestalte ihre Tätigkeit frei und unabhängig von Weisungen des Beigeladenen. Eigenständige Entscheidungen über den Einsatz von Kapital, den Besuch von Fortbildungsveranstaltungen sowie die Einstellung von Personal habe sie noch vor. Mit ihrem eigenständigen Handeln hafte sie für von ihr verursachte Schäden mit ihrer eigenen Haftpflichtversicherung. Seit 1.10.2013 sei sie Mitglied im Deutschen Berufsverband für Pflegenden, DBfP. Ihre Tätigkeit erfolge nach eigenem Ermessen und fachlichem Kenntnisstand. Eine Kontrolle erfolge ausschließlich durch den Klienten und dessen Angehörigen, nicht durch den Beigeladenen. Sie sei nicht in den Betrieb des Beigeladenen eingegliedert, insbesondere nehme sie nicht an Dienstbesprechungen teil, es erfolge keine Teamarbeit, sie stehe nicht in Dienstplänen, trage keine Dienstkleidung und nehme nicht an Schulungsmaßnahmen teil. Sie mache eigene Werbung und beauftrage einen eigenen Steuerberater und Buchhalter. Ihr Unternehmensrisiko resultiere aus Kosten für PKW (wobei die Klägerin im Termin zur Erörterung der Sach- und Rechtslage am 23.6.2015 vor dem Sozialgericht angab, über einen solchen nicht zu verfügen, vgl BI 57 der Akte des Sozialgerichts), Handy, Büroraum, Kommunikation für ständige Erreichbarkeit, EDV für Auftragsverwaltung und Durchführung, Berufsbekleidung und Pflegeutensilien. Zu den Einzelaufträgen gab die Klägerin an, dass sie dem Beigeladenen ihre zeitlichen Möglichkeiten mitteile und dann ein Auftragsangebot erhalte. Sie treffe dann die für sie passende Entscheidung: annehmen, ablehnen oder Änderungsvorschläge machen und sich bestätigen lassen (BI 26 der Beklagtenakte).

Nach entsprechender Anhörung der Klägerin und des Beigeladenen stellte die Beklagte fest, dass die Tätigkeit der Klägerin als Krankenpflegerin beim Beigeladenen seit 1.12.2012 im Rahmen eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses ausgeübt wird. Es bestehe Versicherungspflicht in der Kranken-, Pflege- und Rentenversicherung sowie nach dem Recht der Arbeitsförderung. Für ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis spreche, dass der Vertrag mit den zu pflegenden Personen vom Beigeladenen abgeschlossen werde und der Beigeladene der Klägerin die zu pflegenden Personen zuweise. Die zu erbringenden Leistungen seien vertraglich so detailliert geregelt, dass der Klägerin kein relevanter Handlungsspielraum verbleibe. Bei Annahme eines Auftrags würden der Klägerin bezüglich Ort, Zeit, Dauer und Pflegeumfang Vorgaben durch den Beigeladenen gemacht. Die Vergütung erfolge gewinnunabhängig nach einem festen Stundensatz oder projektbezogen. Es bestehe eine persönliche Leistungspflicht der Klägerin. Das Auftragsverhältnis orientiere sich an dem Bedarf der Klienten und richte sich nach den jeweiligen Betreuungsschemata. Nicht die Klägerin sondern der Beigeladene rechne mit den Klienten oder der Krankenkasse ab. Es erfolge eine Kontrolle der Auftragsausführung durch den Klienten und damit den Kunden des Beigeladenen. Für eine selbstständige Tätigkeit spreche die Möglichkeit, Einzelaufträge abzulehnen. Nach den Angaben der Klägerin erfolge eigener Kapitaleinsatz. Es bestehe eine Haftpflichtversicherung. Es bestehe keine Ausschließlichkeitsvereinbarung zum Beigeladenen. Die Klägerin sei für weitere Auftraggeber tätig. Nach Gesamtwürdigung aller zur Beurteilung der Tätigkeit relevanten Tatsachen überwögen die Merkmale für ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis. Die Klägerin sei in die Arbeitsorganisation des Beigeladenen eingegliedert. Weisungen, die Zeit, Dauer, Ort sowie Art und Weise der Durchführung beträfen, könnten einseitig im Wege des Direktionsrechts eines Arbeitgebers erteilt werden. In dieser Tätigkeit bestehe daher eine persönliche Abhängigkeit zum Beigeladenen. Die Voraussetzungen für einen späteren Beginn der Versicherungspflicht seien nicht erfüllt, weil der Antrag im September 2013 nicht innerhalb eines Monats nach Aufnahme des Beschäftigungsverhältnisses am 1.12.2012 gestellt worden sei (Bescheid vom 7.1.2014).

Die Klägerin und der Beigeladene erhoben Widerspruch. Der Beigeladene legte einen von der Klägerin für ihn ausgefüllten Fragebogen vor, der im Wesentlichen dieselben Angaben enthält wie der von der Klägerin für die Beklagte im Verwaltungsverfahren ausgefüllte Fragebogen. Auf die Frage, ob die Vergütung von der Qualität der Beschäftigung abhängig sei, gab die Klägerin an "Ja, schlechte Leistung, keine Vergütung". Die Klägerin selbst ließ ausführen, dass die Merkmale für eine selbstständige Tätigkeit überwögen. Sie sei für verschiedene Auftraggeber tätig und unterläge keinerlei Weisungen, sei nicht in die Betriebsorganisation des Beigeladenen eingegliedert, erhalte keine Einarbeitung, habe keinen Zugang zu den Vergünstigungen für angestellte Mitarbeiter, nehme nicht an Stations-, Dienst- oder Urlaubsbesprechungen teil und werde nicht in Dienstpläne eingetragen. Sie könne frei über den konkreten Einsatz verfügen und sei berechtigt, den Auftrag durch Dritte durchführen zu lassen. Die Klägerin trete auf dem Pflegemarkt unternehmerisch auf und biete ihre Dienstleistungen an, mit dem Ziel weitere Auftraggeber zu gewinnen. Das bestehende Weisungsrecht hinsichtlich Inhalt, Ort und Zeit der Arbeitsleistung nach billigem Ermessen ergäbe sich aus § 106 GewO. Der Inhalt der Tätigkeit sei durch ärztliche Anordnungen und den Behandlungsplan vorgegeben. Wie diese allerdings umgesetzt würden, obläge der unternehmerischen Freiheit der Klägerin. Insoweit sei schließlich maßgeblich, dass die Klägerin nicht nur frei über den konkreten Einsatz habe entscheiden können sondern ausdrücklich berechtigt gewesen sei, den Auftrag durch Dritte durchführen zu lassen (Bezug nehmend auf BayLSG, Urteil vom 22.3.2011 - L 5 R 627/09). Die Auffassung, wonach Dienste in einer stationären Einrichtung nur innerhalb eines Beschäftigungsverhältnisses ausgeübt werden könnten, werde nicht geteilt. Schließlich gehe auch der Gesetzgeber davon aus, dass die Tätigkeit als Krankenpfleger selbstständig ausgeübt werden könne, was sich in § 2 Abs 1 Nr 2 SGB VI zeige. Die Klägerin biete ihre Tätigkeit wie ein freier Unternehmer am Markt an, was durch das Gewinnen von weiteren Auftraggebern belegt sei. Sie sei gezwungen, Aufträge zu mehr als der allgemeinen Zufriedenheit zu erledigen, um weitere Nachfolge- und Ausweitungsaufträge zu erhalten (Bezug nehmend auf BayLSG, Urteil vom 24.11.2009 - L 5 R 867/08). Das größte Unternehmerrisiko bestehe für den Selbstständigen nämlich darin, überhaupt Aufträge und Folgeaufträge zu erhalten. Ein weiteres Risiko bestehe in der Haftung für Schlechtleistung und Fehler. Er könne sich nicht auf die Haftungsprivilegierung des Arbeitnehmers berufen, weshalb die Klägerin vorliegend eine Berufshaftpflichtversicherung abgeschlossen habe. Die Beklagte übersehe, dass die Klägerin neben dem Beigeladenen deliktisch hafte und zwar ohne das Haftungsprivileg eines Arbeitnehmers. Auch könne aus der Pflicht zur Dokumentation nicht auf eine Beschäftigung geschlossen werden, da eine solche kraft Gesetzes (§ 3 KrPflG) eigenverantwortlich durchzuführen sei. Bei der

selbstständigen Pflege handele es sich um eine Verrichtung höherer Dienste, da sie eine staatlich geregelte Ausbildung erfordere und mit einem Staatsexamen abschließe. Bei der Pflege handele es sich um einen höheren Dienst iS der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts. Die zentrale Widerspruchsstelle der Beklagten wies die Widersprüche als unbegründet zurück. Es sei das einzelne Auftragsverhältnis zu beurteilen. Die Tätigkeit für mehrere Auftraggeber schließe eine nichtselbstständige Tätigkeit nicht aus. Die Entscheidung des Bundessozialgerichts vom 28.9.2011 - [B 12 KR 17/09 R](#) könne nicht ohne weiteres auf den vorliegenden Fall übertragen werden. Es sei auf die konkreten Umstände des Einzelfalls abzustellen. Die gesetzliche Wertung des [§ 2 SGB VI](#) führe nicht dazu, dass Pflegepersonen stets selbstständig tätig sind. Die Klägerin werde eingesetzt um Leistungen zu erbringen, zu denen sich der Beigeladene gegenüber seinen Kunden verpflichtet habe. Hieraus ergebe sich eine Einbindung der Klägerin in das Unternehmen des Beigeladenen. Denn diese müsse nicht am Betriebsitz des Beigeladenen erfolgen, sondern könne auch in der Übertragung einer konkreten Funktion zur Erfüllung der Aufgaben des Beigeladenen liegen. Dabei könne die Klägerin ihre Tätigkeit nicht im Wesentlichen frei gestalten oder die Arbeitszeit selbst bestimmen. Maßgeblich sei der im Kooperationsvertrag vereinbarte Leistungskatalog. Darüber hinaus habe sich die Klägerin an das individuelle Betreuungsschema des Klienten des Beigeladenen zu halten. Ein Unternehmerrisiko sei nicht nachzuvollziehen. Dieses bestehe insbesondere nicht darin, Folgeaufträge zu erreichen. Schließlich werde die Klägerin nach außen nicht als Selbstständige, sondern als Mitarbeiterin des Beigeladenen wahrgenommen (Widerspruchsbescheid vom 16.7.2014).

Hiergegen wendet sich die am 4.8.2014 zum Sozialgericht München erhobene Klage, deren Begründung im Wesentlichen in der Wiederholung der Widerspruchsbegründung bestand. Ergänzend wurde darauf hingewiesen, dass die Klägerin berechtigt gewesen sei, einen Dienst bis zu 24 Stunden vor dessen Beginn abzusagen. Bei kurzfristigeren Absagen habe sie selbst Ersatz finden müssen. Das Sozialgericht hat den Auftraggeber, für den die Klägerin die dem vorliegenden Rechtsstreit zugrunde liegende Tätigkeit ausübte, beigeladen (Beschluss vom 1.4.2015).

Das Sozialgericht hob den Bescheid der Beklagten vom 7.1.2014 idG des Widerspruchsbescheides vom 16.7.2014 auf und stellte fest, dass die seit dem 1.12.2012 für den Beigeladenen ausgeübte Tätigkeit der Klägerin als Krankenpflegerin keine Versicherungspflicht in der gesetzlichen Kranken- und Pflegeversicherung, in der gesetzlichen Rentenversicherung sowie nach dem Recht der Arbeitsförderung begründe. Aufgrund der Umstände des Einzelfalls sei nicht von einer abhängigen Beschäftigung auszugehen. Feste Arbeitszeiten hätten nicht bestanden. Auch sei die Klägerin nicht verpflichtet gewesen, von dem Beigeladenen angebotene Dienste zu übernehmen. Bei der eigentlichen Pflegetätigkeit habe die Klägerin keinen Weisungen des Beigeladenen unterlegen. Der Behandlungsplan, an dem sich die Klägerin bei ihrer Pflegetätigkeit zu orientieren habe, stamme nicht vom Beigeladenen sondern vom Arzt. Eine Eingliederung in den Betrieb des Beigeladenen folge nicht aus der "Übergabe", da eine solche auch bei einer selbstständigen Pflegetätigkeit nötig sei. Nichts anderes gelte für die Verpflichtung zur Dokumentation, die sich aus dem Gesetz ergebe. Dass die Klägerin übernommene Aufträge erledigen musste, entspreche der vertraglichen Vereinbarung und spreche deshalb nicht gegen eine selbstständige Tätigkeit. Die Klägerin trage auch ein Unternehmerrisiko. Zwar habe sie einen pauschalen Stundenlohn erhalten, allerdings nur für tatsächlich geleistete Stunden. Dem habe schließlich ein größerer Entscheidungs- und Gestaltungsspielraum gegenübergestanden, da die Klägerin habe frei entscheiden können, welche Aufträge sie übernehme (weitestgehend Bezug nehmend auf LSG Baden-Württemberg, Urteil vom 23.4.2015 - [L 11 R 3224/14](#)) (Gerichtsbescheid vom 17.2.2016, der Beklagten zugestellt am 24.2.2016).

Mit ihrer hiergegen am 3.3.2016 zum Landessozialgericht erhobenen Berufung möchte die Beklagte die Aufhebung des Gerichtsbescheides vom 17.2.2016 erreichen. Nach den Feststellungen des Sozialgerichts sei davon auszugehen, dass die Klägerin mit ihrem Einsatz das festangestellte Personal des Beigeladenen ergänze und dabei versicherungspflichtig tätig werde. Die Klägerin sei nicht selbst als Pflegeeinrichtung zugelassen und verfüge nicht über einen Versorgungsvertrag, so dass sie zur Ausübung ihrer Tätigkeit auf die betriebliche Organisation des Beigeladenen angewiesen sei. Die Freiheit, Aufträge des Beigeladenen ablehnen zu können, sei kein Indiz für eine selbstständige Tätigkeit. Auch trage die Klägerin kein Unternehmerrisiko, da sie weder Kapital noch die eigene Arbeitskraft mit der Gefahr des Verlustes einsetze. Weiter nimmt die Beklagte Bezug auf die Entscheidung des Senats vom 16.7.2015 - [L 7 R 978/12](#).

Der Beklagte beantragt, den Gerichtsbescheid des Sozialgerichts München vom 17.2.2016 aufzuheben und die Klage gegen den Bescheid vom 7.1.2014 idG des Widerspruchsbescheides vom 16.7.2014 abzuweisen.

Die Klägerin beantragt, die Berufung der Beklagten zurückzuweisen.

Zum Verfahren wurden weiter beigeladen die Bundesagentur für Arbeit, die zuständige Kranken- und Pflegekasse sowie der zuständige Rentenversicherungsträger (Beschluss vom 3.5.2017).

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sachverhalts wird auf die von der Beklagten übermittelte Akte, die vom Sozialgericht beigezogenen Akten auch zum Verfahren [S 56 R 1475/14](#) sowie die Akte des Berufungsverfahrens verwiesen.

Entscheidungsgründe:

Die zulässige Berufung ist begründet. Das Urteil des Sozialgerichts ist aufzuheben und die Klage gegen die streitgegenständlichen Bescheide abzuweisen. Die angefochtenen Bescheide der Beklagten sind rechtmäßig und verletzen die Klägerin und den Beigeladene nicht in ihren Rechten. Die Beklagte hat zutreffend festgestellt, dass die Klägerin im streitigen Zeitraum in ihrer für den privaten ambulanten Pflegedienst des Beigeladenen ausgeübten Tätigkeit als Pflegerin und Betreuerin schwerstkranker Menschen wegen einer abhängigen Beschäftigung in den Zweigen der Sozialversicherung und in der Arbeitslosenversicherung versicherungspflichtig war.

1. Beurteilungsmaßstab für das Vorliegen einer abhängigen Beschäftigung ist [§ 7 Abs. 1 SGB IV](#). Danach ist Beschäftigung die nichtselbstständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis. Eine Beschäftigung im Sinne dieser Vorschrift setzt voraus, dass der Arbeitnehmer vom Arbeitgeber persönlich abhängig ist. Bei einer Beschäftigung in einem fremden Betrieb ist dies regelmäßig der Fall, wenn der Beschäftigte in den Betrieb eingegliedert ist und er dabei einem Zeit, Dauer, Ort und Art der Ausführung umfassenden Weisungsrecht des Arbeitgebers unterliegt. Demgegenüber ist eine selbstständige Tätigkeit vornehmlich durch das eigene Unternehmerrisiko, das Vorhandensein einer eigenen Betriebsstätte, die Verfügungsmöglichkeit über die eigene Arbeitskraft und die im Wesentlichen frei gestaltete Tätigkeit und Arbeitszeit gekennzeichnet. Ob jemand abhängig beschäftigt oder selbstständig tätig ist, hängt davon ab, welche Merkmale überwiegen. Maßgebend ist stets das Gesamtbild der Arbeitsleistung. Dieses bestimmt sich nach den tatsächlichen Verhältnissen, zu denen

die rechtlich relevanten Umstände gehören, die im Einzelfall eine wertende Zuordnung zum Typus der abhängigen Beschäftigung erlauben (ständige Rechtsprechung des BSG, vgl etwa Urteil vom 29.08.2012, [B 12 KR 25/10 R](#)). Maßgeblich ist die zwischen den Beteiligten praktizierte Rechtsbeziehung und die praktizierte Beziehung so, wie sie rechtlich zulässig ist. Ausgangspunkt der Prüfung sind dabei jeweils die vertraglichen Vereinbarungen, soweit solche bestehen.

2. Rechtlicher Ausgangspunkt der Zusammenarbeit der Klägerin und des Beigeladenen im Interesse der schwerstkranken Patienten ist hier der schriftliche Kooperationsvertrag, aus dem sich die Grundsätze der Zusammenarbeit des Beigeladenen mit der Klägerin ergeben. Der Rahmenvertrag sieht im Wesentlichen vor, dass die Klägerin vom Beigeladenen Einzelaufträge erhält. Deshalb hat eine Bewertung der Tätigkeit am Maßstab der von der Rechtsprechung für die Abgrenzung zwischen selbstständiger Tätigkeit und Beschäftigung entwickelten Grundsätze an den Bedingungen der konkreten Einzelaufträge zu erfolgen (BSG, Urteil vom 18.11.2015 - [B 12 KR 16/13 R](#) - RdNr 19). Danach sind maßgebend die Verhältnisse nach Annahme - also bei Durchführung - des einzelnen Auftrags (vgl BSG, Urteil vom 25.4.2012 - [B 12 KR 24/10 R](#) - RdNr 22 mwN).

3. Bei Anwendung dieser Grundsätze stand die Klägerin bei Durchführung ihrer Einzelaufträge zum Beigeladenen in einem abhängigen Beschäftigungsverhältnis. Die Bewertung und Gewichtung der genannten Abgrenzungsmerkmale zeigen, dass das tatsächlich praktizierte Vertragsverhältnis dem einer abhängig Beschäftigten entspricht, die eine Tätigkeit als Teilzeittätigkeit verrichtet, wohingegen die Aspekte, die für eine Qualifikation der Tätigkeit als selbstständige Tätigkeit sprechen, in den Hintergrund treten.

a) Die Klägerin war gegenüber dem Beigeladenen weisungsgebunden. Insoweit ist zunächst festzustellen, dass sich fehlende Weisungsgebundenheit der Klägerin vorliegend nicht schon aus ihrer Freiheit ergibt, bestimmte Einzelaufträge des Beigeladenen anzunehmen oder abzulehnen. Denn diese Freiheit bestand lediglich vor der Annahme der - hier allein zu beurteilenden - Einzelaufträge. Ab dem Zeitpunkt der Auftragsannahme hingegen ist von der Weisungsgebundenheit der Klägerin gegenüber dem Beigeladenen auszugehen. Nach den Angaben der Klägerin und des Beigeladenen war die Klägerin für den Beigeladenen insbesondere als Aushilfe tätig. Die Klägerin teilte dem Beigeladenen ihre - im Hinblick auf ihre Teilzeittätigkeit bei einem anderen Pflegedienst bzw ihre weiteren Auftraggeber - freien Kapazitäten mit. Der Beigeladene überprüfte dann, ob er zu diesen Zeiten einen Bedarf an einer Pflegekraft hat. Auf dieser Grundlage einigten sich die Beteiligten. Ab dem Zeitpunkt der Antragsannahme hatte die Klägerin allerdings die ihr vom Beigeladenen zugewiesene ambulante Intensivpflege fachgerecht zu übernehmen. Insbesondere war die ordentliche Kündigung einmal übernommener Einzelaufträge ausgeschlossen (vgl X. des Kooperationsvertrages). Soweit die Klägerin zuletzt vortragen ließ, dass sie berechtigt gewesen sei, Dienste bis zu 24 Stunden vor deren Beginn abzusagen, widerspricht dies zunächst den vorgelegten Unterlagen. Darauf kommt es aber schlussendlich nicht an. Denn die Klägerin hat gleichfalls angegeben, lediglich einen Auftrag den Beigeladenen abgelehnt zu haben. Die Frage hat damit für die zwischen der Klägerin und dem Beigeladenen geübte Praxis keine Relevanz. Dass die (fachliche) Weisungsgebundenheit aufgrund der hohen fachlichen Qualifikation der Klägerin und der in der Intensivpflege aufgrund der individuellen Erfordernisse der zu pflegenden Patienten notwendigen großen Entscheidungsfreiheit der Pflegekraft zu einer funktionsgerecht dienenden Teilhabe am Arbeitsprozess verfeinert bzw eingeschränkt ist, spricht nach stRspr (vgl ua BSG, Urteil vom 28.9.2011 - [B 12 R 17/09 R](#)) nicht gegen die Annahme von Weisungsgebundenheit. Auch dass der Beigeladene von seinem Weisungsrecht gegenüber der Klägerin ggf in geringerem Umfang Gebrauch gemacht hat, als gegenüber seinen angestellten Kräften, ändert hieran nichts. Schließlich ist weder vorgetragen noch anderweitig ersichtlich, dass die Klägerin einen einmal übernommenen Auftrag (vorzeitig) abbrechen oder verlängern konnte, was auf einen für einen Arbeitnehmer uncharakteristischen Handlungsspielraum hindeuten könnte. Insgesamt ist damit nicht ersichtlich, wie sich die Klägerin bzw ihre Tätigkeit für den Beigeladenen bei der Durchführung eines einmal übernommenen Auftrags von der einer beim Beigeladenen angestellten Kraft oder deren Tätigkeit unterscheiden sollte.

b) Stellt man auf den einmal übernommenen Einzelauftrag ab, ist für dessen Dauer auch von einer Eingliederung der Klägerin in den Betrieb des Beigeladenen auszugehen. Dies ist schließlich nicht bereits aufgrund des Umstandes ausgeschlossen, dass die Klägerin nur punktuell und nach Einzelvereinbarung für den Beigeladenen tätig geworden ist und ihr deshalb - anders als langfristigen Mitarbeitern des Beigeladenen - keine Dienste über den Dienstplan zugewiesen wurden, sie keine Bereitschaftsdienste übernehmen musste und auch eine Teilnahme an Dienstbesprechung oder Fortbildungen für sie nicht verpflichtend war. Denn auch für die Beurteilung der Eingliederung in eine fremde Arbeitsorganisation ist auf die Verhältnisse abzustellen, die nach Annahme des jeweiligen "Einzelauftrags" im Hinblick (allein) hierauf bestanden (vgl BSG, Urteil vom 28.9.2011 - [B 12 R 17/09 R](#) - RdNr 22). Hinsichtlich des damit auch insoweit maßgebenden einmal von der Klägerin angenommenen Einzelauftrags ist die Klägerin - genau wie die angestellten Pflegekräfte des Beigeladenen - in die Arbeitsorganisation der ambulanten Intensivpflege durch den Beigeladenen eingebunden.

c) Gleichzeitig ist ein für Selbstständigkeit sprechendes Unternehmerrisiko der Klägerin hinsichtlich der Tätigkeit für den Beigeladenen nicht nachzuvollziehen. Nach den vom BSG (vgl Urteil vom 28.9.2011 - [B 12 KR 17/09 R](#) - RdNr 25 mwN) hierzu entwickelten Grundsätzen ist maßgebendes Kriterium für ein solches Risiko, 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, aaO mwN). Vorliegend hat die Klägerin - für Pflegedienstleistungen typisch - im Wesentlichen ihre Arbeitskraft und weniger Kapital eingesetzt. Dass oder wie sie dies - im Zusammenhang mit der Ausübung der dem vorliegenden Streit zugrunde liegenden Einzelaufträge - mit Verlustrisiko getan haben soll, ist nicht ersichtlich. Denn die Klägerin wurde für die Stunden, die sie tatsächlich gearbeitet hat, pro Stunde oder projektbezogen auch tatsächlich entlohnt. Soweit die Klägerin zuletzt darauf hingewiesen hat, für Schlechtleistung keine Bezahlung erhalten zu haben, ist eine vertragliche Grundlage hierfür bereits nicht ersichtlich. Unabhängig davon wäre auch hierin kein Indiz für ein Unternehmerrisiko zu sehen, weil eine solche "Haftung" für Schlechtleistungen, wenn auch eingeschränkt, Arbeitnehmer gleichermaßen trifft (vgl BSG, aaO, RdNr 26 mwN). Ein Unternehmerrisiko ergibt sich auch nicht daraus, dass die Klägerin nur für die von ihr tatsächlich geleisteten Stunden eine Vergütung erhielt. Denn das damit im Ergebnis umschriebene Risiko, außerhalb der Erledigung der einzelnen Aufträge zeitweise die eigene Arbeitskraft ggf nicht verwerten zu können, begründet gerade kein Unternehmerrisiko wegen der einzelnen Einsätze (vgl BSG, aaO, RdNr 26 mwN). Soweit die Antragstellerin darauf hinweist, dass ihr Kosten für EDV, Kommunikation, Pflegeutensilien und Dienstkleidung entstehen, ist nicht ersichtlich, dass diese (ausschließlich) für die dem vorliegenden Streit zugrunde liegenden Einzelaufträge angeschafft wurden bzw ohne diese verloren wären (vgl dazu BSG, Urteil vom 18.11.2015 - [B 12 KR 24/10 R](#) - RdNr 37), nachdem die Klägerin neben dem Beigeladenen für weitere Auftraggeber als Pflegekraft (selbstständig) tätig war, so dass die Berufungskleidung und die Pflegeutensilien dort (weiter) verwendet werden können. Entsprechendes gilt hinsichtlich der EDV und der Kosten für Kommunikation, wobei davon auszugehen ist, dass diese auch privat anfallen (vgl BSG, Urteil

vom 18.11.2015 - [B 12 KR 16/13 R](#) - RdNr 37).

d) In die Gesamtabwägung kann vorliegend für das Bestehen einer selbstständigen Tätigkeit der Klägerin für den Beigeladenen nicht deren tatsächliche Tätigkeit für weitere Auftraggeber eingestellt werden. Anknüpfungstatbestand für eine mögliche die Versicherungspflicht begründende Beschäftigung ist das einzelne angenommene Arbeitsverhältnis. Insoweit stellt sich für die Klägerin die Situation vor Annahme eines Auftrags letztlich nicht anders dar als für einen Arbeitssuchenden, dem es ebenfalls freisteht, eine ihm angebotene (ggf befristete Teilzeit-) Arbeitsgelegenheit anzunehmen oder nicht (vgl BSG, Urteil vom 18.11.2015 - [B 12 KR 16/13 R](#) - RdNr 28). Gewicht erhält eine Tätigkeit für mehrere Auftraggeber daher erst in der Zusammenschau mit weiteren typischen Merkmalen einer selbstständigen Tätigkeit (vgl BSG, aaO), an denen es hier im Wesentlichen fehlt. Schließlich ist es auch bei Beschäftigten nicht ungewöhnlich, dass sie noch für einen weiteren Arbeitgeber erwerbstätig sind, ohne dass der sozialversicherungsrechtliche Charakter der ersten Tätigkeit deshalb abweichend beurteilt werden müsste (vgl BSG, Urteil vom 24.3.2016 - [B 12 KR 20/14 R](#) - RdNr 24).

e) Auch der Umstand, dass die Klägerin und der Beigeladene keine abhängige Beschäftigung vereinbaren wollten, kann das gefundene Abwägungsergebnis nicht beeinflussen. Zwar wollten die Klägerin und der Beigeladene offensichtlich keine sozialversicherungspflichtige Beschäftigung begründen. Diesem Willen kommt allerdings nach der Rechtsprechung des BSG nur dann indizielle Bedeutung zu, wenn er den festgestellten sonstigen tatsächlichen Verhältnissen nicht offensichtlich widerspricht und durch weitere Aspekte gestützt wird bzw die übrigen Umstände gleichermaßen für Selbstständigkeit wie für eine Beschäftigung sprechen. Nur unter dieser Voraussetzung ist der (in einem Vertrag) dokumentierte Parteiwille überhaupt als ein auf Selbstständigkeit deutendes Indiz in die Gesamtabwägung einzustellen; hierdurch wird schließlich eine Selbstständigkeit nicht vorfestgelegt. Das Gewicht dieses Indizes ist schließlich umso geringer, je uneindeutiger die Vertragsgestaltung ist und je stärker die Widersprüche zu den tatsächlichen Verhältnissen sind (BSG, Urteil vom 18.11.2015 - [B 12 KR 16/13 R](#) - RdNr 26). Auf dieser Grundlage scheidet eine Berücksichtigung des auf Selbstständigkeit abzielenden Parteiwillens in der Gesamtabwägung aus, da vorliegend die tatsächlichen Verhältnisse im Wesentlichen für eine abhängige Beschäftigung sprechen.

f) Dem entsprechend lässt auch die Vereinbarung der Beteiligten "keine Arbeit - kein Geld" und damit die Negierung der an den Arbeitnehmer- bzw Beschäftigungsstatus anknüpfenden arbeits-, steuer- und sozialrechtlichen Regelungen (zB Nichtgewährung von Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall und Urlaub), auch soweit sie in der Praxis tatsächlich umgesetzt werden, ausschließlich Rückschlüsse auf den Willen der Vertragsparteien, Beschäftigung auszuschließen, zu (vgl [§ 32 SGB I](#)). Darüber hinaus kommt solchen Vereinbarungen bei der im Rahmen des [§ 7 Abs 1 SGB IV](#) vorzunehmenden Gesamtabwägung keine eigenständige Bedeutung zu. Vielmehr setzen diese Regelungen bereits das Fehlen des Status als Arbeitnehmer bzw Beschäftigter voraus, für den in erster Linie Weisungsgebundenheit und jedenfalls für das Sozialrecht das Fehlen einer selbstständigen Tätigkeit kennzeichnenden Umstände ausschlaggebend ist. Allein die Belastung eines Erwerbstätigen, der im Übrigen nach der tatsächlichen Gestaltung des gegenseitigen Verhältnisses als abhängig Beschäftigter anzusehen ist, mit zusätzlichen Risiken rechtfertigt nicht die Annahme von Selbstständigkeit im Rechtssinne (vgl BSG, Urteil vom 18.11.2015 - [B 12 KR 16/13](#) - RdNr 27 mwN). Auch dieser Gesichtspunkt konnte damit vorliegend nicht als für eine Selbstständigkeit der Klägerin sprechender Umstand in die Gesamtabwägung eingestellt werden. Entsprechendes gilt hinsichtlich der Behauptung der Klägerin, sie könne sich nicht auf das (von der Rechtsprechung entwickelte) Haftungsprivileg von Arbeitnehmern berufen, nachdem auch dieses den Arbeitnehmerstatus voraussetzt (vgl von Steinau-Steinrück/Fuhlrott in: Tschöpe, Arbeitsrecht Handbuch, 10. Aufl. 2017, I. Arbeitnehmerhaftung, RdNr 24).

g) Schließlich konnte nicht als für eine selbstständige Tätigkeit der Klägerin beim Beigeladenen sprechendes Kriterium berücksichtigt werden, dass die Klägerin vertraglich die Möglichkeit gehabt hätte, ihre Leistungen durch andere erbringen zu lassen. Die vertragliche Einräumung einer Delegationsbefugnis allein ist kein entscheidendes Kriterium für eine selbstständige Tätigkeit, weil sie nichts darüber aussagt, inwieweit von ihr Gebrauch gemacht wird, realistischer Weise überhaupt Gebrauch gemacht werden könnte und sie damit die Tätigkeit tatsächlich prägt. Vertragsklauseln, die faktisch von untergeordneter Bedeutung sind, können zwar in die vorzunehmende Gesamtwürdigung einbezogen werden, können aber nicht von vorneherein als prägend angesehen werden (BSG, Urteil vom 11.3.2009 - [B 12 KR 21/07 R](#) - RdNr 17). So hat das BSG in der Delegationsmöglichkeit der eigenen Arbeitsleistung kein entscheidendes Merkmal für das Vorliegen einer selbstständigen Tätigkeit gesehen, wenn ein Transportfahrer diese Möglichkeit tatsächlich nur selten nutzt, regelmäßig keinen versicherungspflichtigen Arbeitnehmer beschäftigt und damit die persönliche Arbeitsleistung die Regel ist (vgl Urteil vom 22.6.2005 - [B 12 KR 28/03 R](#) - RdNr 27 zitiert nach juris). So ist es auch hier. Die Klägerin verfügte bereits nicht über Angestellte, die sie für ihre Tätigkeit beim Beigeladenen hätte einsetzen können. Die von ihr ab 2014 beschäftigte Pflegehelferin verfügt nicht über die hierfür nötige Qualifikation. Es ist schließlich weder vorgetragen noch anderweitig ersichtlich, dass sich die Klägerin überhaupt jemals geschweige denn im nennenswerten Umfang bei ihrer Tätigkeit für den Beigeladenen von Dritten hätte vertreten lassen.

h) Der in den angefochtenen Beklagtenentscheidungen angenommenen Versicherungspflicht stehen schließlich nicht die Regelungen über geringfügige Beschäftigungen entgegen, da die Einnahmen der Klägerin aus der streitigen Tätigkeit regelmäßig 400 EUR monatlich überstiegen haben (vgl BI 20 der Beklagtenakte).

4. Die Kostenentscheidung beruht auf [§ 193 SGG](#) und der Erwägung, dass die Klägerin im Ergebnis mit ihrem Begehren erfolglos blieb.

5. Gründe, die Revision zuzulassen, sind nicht ersichtlich.

Rechtskraft

Aus

Login

FSB

Saved

2018-03-09