

L 2 R 13/09

Land
Hamburg
Sozialgericht
LSG Hamburg
Sachgebiet
Rentenversicherung
Abteilung

2
1. Instanz
SG Hamburg (HAM)

Aktenzeichen
S 12 R 1006/05

Datum
12.09.2008

2. Instanz
LSG Hamburg
Aktenzeichen

L 2 R 13/09
Datum

10.12.2012

3. Instanz
Bundessozialgericht
Aktenzeichen

-
Datum

-

Kategorie
Urteil

Auf die Berufung der Beklagten werden das Urteil des Sozialgerichts Hamburg vom 12. September 2008 aufgehoben und die Klage abgewiesen. Die Klägerin trägt die Kosten des Verfahrens mit Ausnahme der Kosten der Beigeladenen zu 1 bis 4, die ihre Kosten selbst tragen. Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand:

Die Beteiligten streiten darüber, ob der Beigeladene zu 1 in der für die Klägerin ausgeübten Tätigkeit als Kranken- und Altenpfleger in Nachtwachen vom 1. April 2000 bis 22. März 2002 der Versicherungspflicht in der Sozialversicherung und in der Arbeitslosenversicherung unterlag.

Vorgeschichte Der 1953 geborene Beigeladene zu 1 ist examinierter Krankenpfleger. Vom 1. Januar 1994 bis 28. Februar 1999 war er als Pflegekraft in dem seinerzeit von der Evangelisch-Lutherischen Kirchengemeinde W. betriebenen Altenheim am R. tätig, wo er Versorgungsverträge zwischen einem unter seinem Namen betriebenen ambulanten Pflegedienst und verschiedenen Krankenkassen vorlegt hatte und, nach mündlicher Absprache mit dem damaligen Heimleiter, als "freier Mitarbeiter" eingesetzt wurde. U.a. in den Jahren 1997 und 1998 erbrachte er unter der Firmenbezeichnung "Umwelt- und Gesundheitsambulanz D., Examinierter Krankenpfleger, Ökologe, Baubiologe und Umweltberater" Pflegedienstleistungen, die er in diesen beiden Jahren vereinbarungsgemäß mit Stundensätzen von 37,- bis 44,- DM abrechnete. Am 1. November 1997 unterzeichnete er eine Honorarvereinbarung als freier Mitarbeiter unter dem Vorbehalt der Nachprüfung und regte zur Vermeidung einer späteren Beurteilung, dass ein Beschäftigungsverhältnis vorliegen könne, Änderungen in entsprechenden, darauf hindeutenden Formulierungen der Vereinbarung an. Ein vom Beigeladenen zu 1. vor dem Arbeitsgericht Hamburg betriebener Rechtsstreit (Aktenzeichen 26 Ca 233/99) endete am 28. Februar 1999 durch Abschluss eines Vergleichs, in dem sich die Parteien auf ein Ende des zwischen ihnen bestehenden Dienstverhältnisses zum 28. Februar 1999, die Zahlung einer Abfindung in entsprechender Anwendung des Kündigungsschutzgesetzes und die Ausstellung eines Zeugnisses verständigten. Dieses wies den Kläger als Mitarbeiter in der stationären Altenpflege aus.

Mit Schreiben vom 16. Februar 2002 und 1. April 2002 erstattete der Beigeladene zu 1. beim Hauptzollamt H. und der Staatsanwaltschaft Hamburg Anzeige gegen die Kirchengemeinde W. wegen illegaler Beschäftigung sowie Hinterziehung von Steuern und Sozialabgaben. Die Beklagte übermittelte der Staatsanwaltschaft Hamburg unter dem 1. August 2002 eine sozialversicherungsrechtliche Beurteilung, in der die Tätigkeit des Beigeladenen zu 1 im Altenheim R. als abhängige Beschäftigung gewertet wurde. Das Ermittlungsverfahren wegen der Nichtabführung von Sozialabgaben (§ 266a Strafgesetzbuch) wurde mit der Begründung eingestellt, dass weder der Kirchengemeinde W. noch dem damaligen Heimleiter nachgewiesen werden könne, dass sie vom Vorliegen eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses hätten ausgehen müssen. Das gelte unabhängig von der tatsächlichen Einordnung der Tätigkeit (Schreiben der Staatsanwaltschaft Hamburg an den Beigeladenen zu 1 vom 3. Dezember 2003). Das Finanzamt H. bewertete die Einkünfte des Klägers zunächst als Einkommen aus selbstständiger, später aus nichtselbstständiger Tätigkeit (Steuerbescheide für die Jahre 1997, 1998 und 1999 vom 28. Oktober 2002).

In der Zeit von Februar bis Oktober 1999 ließ der Beigeladene sich, ebenso wie es zahlreiche andere Pflegekräfte vorher und nachher taten, von den Inhabern der Firma S. in H. Arbeitseinsätze als selbstständige Pflegekraft in verschiedene Altenheime vermitteln, wo er ebenfalls Pflegedienstleistungen erbrachte und hierfür nach geleisteten Arbeitsstunden abgerechnete Honorare von der genannten Firma erhielt. Diese wiederum wurde für die geleistete Tätigkeit von den Altenheimen bezahlt. Die AOK H. setzte in ihrer Eigenschaft als Einzugsstelle u.a. mit Bescheiden vom 27. November 1992 und 16. Februar 1995 für eine Vielzahl der in den Jahren 1990 und 1991 eingesetzten Pflegekräfte Beitragsforderungen fest. Die hiergegen nach erfolglosem Widerspruchsverfahren von den herangezogenen Inhabern der Firma S. erhobenen Klagen blieben ohne Erfolg; dabei wurde die Tätigkeit der Pflegekräfte als abhängige Beschäftigung gewertet (Urteile des

Sozialgerichts Hamburg vom 25. April 2001 – Aktenzeichen S 23 KR 64/98 und weitere, Urteile des Landessozialgerichts Hamburg vom 18. Mai 2004 – Aktenzeichen [L 1 KR 65/04](#) und 80/04 und Beschlüsse des Bundessozialgerichts vom 11. und 14. April 2005 – Aktenzeichen [B 12 KR 52/04](#) und 51/04). In einer weiteren Entscheidung vom 23. November 2004 (Aktenzeichen [S 13 AL 5/99](#)) hat das Sozialgericht Hamburg die Tätigkeit der Firma S. als unerlaubte Arbeitnehmerüberlassung angesehen. Am 9. Juli 2000 beantragte der Beigeladene zu 1 bei der damaligen Bundesversicherungsanstalt für Angestellte (BfA), der Rechtsvorgängerin der Beklagten, die Feststellung seines sozialversicherungsrechtlichen Status während seiner Tätigkeit von Februar bis Oktober 1999. Er gab an, in dieser Zeit in drei Einrichtungen als Kranken- und Altenpfleger wie ein Arbeitnehmer gearbeitet zu haben und schilderte im Einzelnen die Umstände, die aus seiner Sicht für das Vorliegen einer abhängigen Beschäftigung sprachen. Mit Schreiben vom 22. Januar 2001 teilte die bundesweite Clearingstelle der BfA dem Beigeladenen zu 1 mit, dass nach Gesamtwürdigung der Umstände eine abhängige Beschäftigung vorliege. Für eine Prüfung im konkreten Einzelfall sei ein erneuter Antrag auf Statusfeststellung notwendig. Den darauf am 14. Februar 2001 erneut gestellten Antrag leitete die Rechtsvorgängerin der Beklagten an die Bundesanstalt für Arbeit zur Prüfung einer illegalen Arbeitnehmerüberlassung und zur weiteren Veranlassung wegen einer Anzeige nach [§ 266a StGB](#) weiter und brachte das Feststellungsverfahren zum Ruhen. Ein weiteres Schreiben des Beigeladenen zu 1 an die BfA vom 20. Juni 2001, mit dem er für sich selbst und andere Pflegekräfte "den Tatbestand der sog. Scheinselbstständigkeit" meldete, leitete die BfA an das Hauptzollamt für Prüfungen H. zur Prüfung des Vorliegens illegaler Beschäftigung weiter. Über das Ergebnis dieser Verfahren liegen keine Informationen vor.

Verwaltungsverfahren Mit Schreiben vom 25. Februar 2003 stellte der Beigeladene zu 1 bei der BfA den Antrag, gemäß [§ 7a SGB IV](#) das Statusfeststellungsverfahren über seine Tätigkeit bei der Klägerin durchzuführen, die er in der Zeit vom 1. April 2000 bis 22. März 2002 ausgeübt hatte. Er legte hierzu sein an das Finanzamt H. gerichtetes Schreiben vom 25. März 2002 vor, in welchem er der Klägerin vorwarf, entgegen ihrer Zusage keine Lohnsteuer und Sozialabgaben abgeführt zu haben. Darin heißt es u.a., er sei bei ihr bis zum 22. März 2002 in der Seniorenresidenz U. als Krankenpfleger in der stationären Altenhilfe tätig gewesen und habe Nachtdienst mit der Option verrichtet, Tätigkeiten im Rahmen der Qualitätssicherung wahrzunehmen. Er habe eine Kopie seiner Lohnsteuerkarte und seines Sozialversicherungsausweises abgeben müssen. Man habe ihn aufgefordert, monatlich eine Rechnung über das Nettogehalt zu erstellen und die so abgerechneten Nettogehälter an ihn überwiesen. Die Klägerin habe ihre mehrfach erteilte Zusage, die Lohnsteuern und Sozialabgaben für ihn abzuführen, nicht eingehalten. Das Dienstverhältnis sei einvernehmlich am 22. März 2002 beendet worden. Ein Zeugnis und ein Nachweis über die gezahlten Sozialabgaben seien ihm mit der Begründung verweigert worden, dass er selbstständig tätig gewesen sei. Deshalb seien auch keine Steuern abgeführt worden. Tatsächlich habe er Weisungen des Arbeitgebers befolgen müssen und sei in dessen Organismus eingegliedert und deshalb angestellt gewesen. Diesbezügliche Einzelheiten legte er in einer Tätigkeitsbeschreibung vom 5. November 2003 nieder, der er zum Beleg seiner Ausführungen verschiedene Unterlagen beifügte.

Die Klägerin beantragte unter dem 26. November 2003 ihrerseits die Feststellung, dass ein versicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis des Beigeladenen zu 1 nicht vorliege. Sie gab an, dieser sei nicht ständig bei ihr eingesetzt gewesen und habe vorgegeben, wann er einsatzbereit gewesen sei. Weisungen zu seiner Tätigkeit seien ihm nicht erteilt worden, und die Einstellung von Vertretern bzw. Hilfskräften seien nicht von ihrer Zustimmung abhängig gewesen. Der Beigeladene zu 1 habe im Rahmen seiner freiberuflichen Tätigkeit Unterlagen über seine Qualifikation als staatlich anerkannter Krankenpfleger, über seine Zulassung bei Pflegekassen und die Anmeldung seiner Tätigkeit im ambulanten Dienst beim Bezirksamt W. vorgelegt und Rechnungen mit eigenem Briefkopf erstellt. Die angegebenen Preise seien Bruttopreise gewesen. Hierzu überreichte die Klägerin die ihr vom Beigeladenen zu 1 vorgelegten Unterlagen über seine Qualifikation, einen Vertrag mit der Techniker Krankenkasse vom 12. April 1996 über die Durchführung häuslicher Pflege- und Versorgungsleistungen nach [§ 132 Abs. 1](#) Fünftes Buch Sozialgesetzbuch (SGB V), ein Schreiben der Postbeamtenkrankenkasse, Bezirksstelle H. vom 29. April 2006 über die Anerkennung des Verbandes der privaten Krankenversicherung als Einzelpflegekraft in der privaten Pflegeversicherung sowie einen Versicherungsschein der Gothaer Versicherungsbank VVaG über das Bestehen einer Berufshaftpflichtversicherung (Beginn 12. Oktober 1995, Ablauf 1. November 1996).

Im Rahmen der Ermittlungen wurde festgestellt, dass es über die Tätigkeit des Beigeladenen zu 1 bei der Klägerin keine schriftliche Vereinbarung gab. Ferner erhielt die Beklagte eine Mitteilung des Finanzamts H1 vom 29. August 2003 über das Ergebnis einer Lohnsteuer – Außenprüfung bei der Klägerin. Diese Stelle ging davon aus, dass der Beigeladene zu 1 bei der Klägerin als Arbeitnehmer beschäftigt gewesen sei. Eine selbstständige Tätigkeit sei auch nach den Sozialgesetzen für Pflegekräfte in der ambulanten Kranken- und Altenpflege nicht zulässig.

Mit Schreiben vom 26. März 2004 gab die BfA die Klägerin Gelegenheit, sich zu der von ihr beabsichtigten und im Einzelnen näher begründeten Feststellung zu äußern, dass der Beigeladene zu 1 in der Zeit vom 1. April 2000 bei ihr in einer abhängigen und damit dem Grunde nach sozialversicherungspflichtigen Beschäftigung gestanden habe. Diese trug vor, der Beigeladene zu 1 sei bei ihr selbstständig tätig gewesen. Er habe selbst vorgegeben, wann er einsatzbereit gewesen sei und sei nicht an die Dienstpläne der Heimleitung gebunden gewesen. Auch Urlaub und freie Tage habe er stets nach eigenem Interesse vorgegeben. Er sei in mehreren Pflegeheimen tätig gewesen und habe auch dort seinen Dienstplan vorgegeben. Damit sei er das Risiko eingegangen, zeitweise auch ohne Beschäftigung zu sein. Außerdem habe keine Verpflichtung bestanden, eine bestimmte Anzahl von Tagen beschäftigt zu werden. Auch die von ihm vorgelegten Bescheinigungen über die Anerkennung als Einzelpflegekraft sprächen für eine selbstständige Tätigkeit. Deshalb habe sie auch gegen den Bescheid aufgrund der Lohnsteueraußenprüfung Einspruch eingelegt. Klägerin überreichte hierzu eine Rechnung des Beigeladenen zu 1 vom 30. September 2001 sowie weitere Unterlagen.

Mit Bescheid vom 28. Juni 2004 stellte die Beklagte gegenüber der Klägerin und dem Beigeladenen zu 1 fest, dass dieser die Tätigkeit als Krankenpfleger vom 1. April 2000 bis 22. März 2002 im Rahmen eines abhängigen und damit dem Grunde nach sozialversicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnisses ausgeübt habe. Er unterliege deshalb der Versicherungspflicht in der gesetzlichen Renten- und Krankenversicherung, der sozialen Pflegeversicherung und der Arbeitslosenversicherung.

Zur Begründung ihres hiergegen eingelegten Widerspruchs legte die Klägerin einen Nachweis vor, dass das für sie zuständige Finanzamt H. den gegen die Klägerin ergangenen Haftungsbescheid über Lohnsteuer, Solidaritätszuschlag und Kirchensteuern auf den Einspruch der Klägerin aufgehoben hatte (Abhilfebescheid vom 11. November 2004).

Der Beigeladene zu 1 trug erneut vor, mit einer Wochenarbeitszeit von 38,5 Stunden bei der Klägerin im Nachtdienst beschäftigt und im Dienstplan regelmäßig auch so eingeplant gewesen zu sein. Urlaub und freie Tage habe er absprechen und rechtzeitig zur

Dienstplanerstellung vortragen müssen. Er habe in jeder Hinsicht dem Weisungs- und Direktionsrecht der Klägerin unterstanden. Art und Weise, Ort, Zeit und Umfang der zu erbringenden Arbeitsleistung seien ihm vorgegeben worden. Arbeitsmittel und Berufskleidung habe man ihm gestellt. Er habe lediglich seine Arbeitskraft geschuldet und kein Kapital eingesetzt. Seine Arbeitsleistung sei kontrolliert und im System dokumentiert worden. Er sei auch ausschließlich bei der Klägerin beschäftigt gewesen. Eine Nebenbeschäftigung habe er schon wegen der vorgegebenen Stundenzahl mit zusätzlichen Wochenenddiensten und im Nachtdienst nicht ausüben können. Einen Pflegedienst unter seinem Namen habe es nie gegeben. Mit seiner Kassenzulassung als Einzelpflegekraft sei er zu keiner Zeit tätig gewesen. Die von der Klägerin vorgelegten Unterlagen seien nur Bewerbungsunterlagen gewesen und hätten seinen lückenlosen beruflichen Werdegang belegen sollen. Das Betriebsstättenfinanzamt hätte den Haftungsbescheid wegen der Steuer auch nicht aufheben dürfen. Er habe hiergegen Einspruch eingelegt. Unabhängig hiervon habe das Finanzamt H. seine Einkünfte inzwischen als Einkünfte aus nichtselbstständiger Arbeit anerkannt.

Mit Widerspruchsbescheid vom 15. März 2005 wies die Beklagte den Widerspruch der Klägerin zurück und begrenzte die im Ausgangsbescheid getroffenen Feststellungen dahin, dass der Beigeladene zu 1 die Tätigkeit als Krankenpfleger im Zeitraum vom 1. April 2000 bis 22. März 2002 im Rahmen eines abhängigen und damit dem Grunde nach sozialversicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnisses ausgeübt habe. Bei einer Gesamtwürdigung aller Tatsachen überwögen die Merkmale, die das Bestehen eines Beschäftigungsverhältnisses belegten. Entscheidend für die statusrechtliche Beurteilung sei die Eingliederung des Beigeladenen zu 1 in die Arbeitsorganisation der Klägerin. Ort und Zeit der Arbeitsleistung seien ihm vorgegeben gewesen, weil sie sich nach den Bedürfnissen der zu pflegenden Personen gerichtet habe. Wegen der zeitlichen Vorgaben sei eine Dispositionsmöglichkeit ausgeschlossen gewesen. Der Beigeladene zu 1 habe nur entscheiden können, ob, in welchem Umfang und mit welcher Dauer er eine Beschäftigung annehme. In die Tätigkeit habe er jedoch ausschließlich seine eigene Arbeitskraft eingebracht und dafür eine bestimmte Vergütung erhalten. Auch die Art und Weise der Pflegeleistung seien vorgegeben gewesen. Der Beigeladene zu 1 sei funktionsgerecht dienend in einer fremden Arbeitsorganisation tätig gewesen, ohne dass er eigenes Kapital oder Arbeitsmittel eingesetzt habe. Dem stehe nicht entgegen, dass Pflegepersonen in hohem Maße selbstständig und eigenverantwortlich tätig seien und situationsbedingt über den Einsatz der erforderlichen Hilfsmittel und Maßnahmen entschieden. Dies sei für Arbeitskräfte im Bereich der Pflege und Betreuung geradezu typisch, und die Klägerin habe den äußeren Rahmen vorgegeben, in dem der Beigeladene zu 1 tätig gewesen sei. Auch ein typisches Unternehmerrisiko habe er nicht getragen. Die Chance, länger oder mehr zu arbeiten, um so ein höheres Entgelt zu erzielen, habe auch jeder Beschäftigte. Eine unternehmerische Gestaltungsfreiheit oder das für einen Unternehmer typische Risiko, mit dem Einsatz finanzieller Mittel ungewissen Gewinn zu erzielen, seien hiermit nicht verbunden gewesen. Es werde auch nicht mit der Zuweisung zusätzlicher Risiken (keine Lohnfortzahlung im Krankheitsfall, Insolvenz des Kunden) erzeugt, weil hiermit nicht gleichzeitig größere Freiheiten und Verdienstmöglichkeiten eröffnet worden seien. Nach außen hin sei der Beigeladene zu 1 als Mitarbeiter erschienen. Gegen eine Beschäftigung spreche auch nicht, dass er für mehrere Auftraggeber tätig gewesen sei, ein Gewerbe angemeldet und die formale Berechtigung gehabt habe, Pflegeleistungen durch Dritte erbringen zu lassen. Vielmehr sei jedes Auftragsverhältnis gesondert für sich zu beurteilen. Auch eine Delegation von Pflegeleistungen habe nicht stattgefunden, vielmehr sei die persönliche Leistungserbringung die Regel gewesen, und die fachliche Verantwortung für die erbrachte Leistung habe bei der Klägerin gelegen.

Klageverfahren erster Instanz Die Klägerin hat am 18. April 2005 Klage erhoben und zu deren Begründung unter Beweisantritt im Einzelnen vorgetragen: Sie habe mittels einer Anzeige zunächst eine angestellte Pflegekraft für die Dauernachtwache gesucht. Es habe sich der Beigeladene zu 1 als Inhaber eines eigenen Pflegedienstes gemeldet und angeboten, ihn als Fremddienstleister auf freiberuflicher Basis mit der Dauernachtwache zu betrauen. Sowohl bei der ersten Kontaktaufnahme als auch im weiteren Verlauf habe er immer den Anschein erweckt, er sei Inhaber eines Pflegedienstes und beschäftige mehrere Mitarbeiter. Dies werde auch durch die vom Beigeladenen zu 1 für seine Rechnungen verwendeten Briefköpfe belegt, mit denen er unter seinem Namen mit unterschiedlichen Bezeichnungen firmiert habe. Die Klägerin sei auf sein Angebot eingegangen, weil es zu der Zeit schwierig gewesen sei, Pflegekräfte für die Nachtwache zu finden und sie auf eine eigenständig arbeitende Nachtwache, die nicht mit der eigentlichen Betreuung beschäftigt gewesen sei, sondern nur in Notfällen präsent sein müsste, keinen Einfluss haben nehmen müssen. Entgegen seiner Darstellung habe der Beigeladene zu 1 der Klägerin keine Bewerbungsunterlagen wie einen Lebenslauf, Dienstzeugnisse, Steuerkarte oder einen Sozialversicherungsausweis übergeben. Das von ihm vorgelegte Mitarbeiterblatt sei offenbar nachträglich von ihm selbst gefertigt worden und entspreche nicht dem von der Klägerin üblicherweise verwendeten Personalbogen. Dieser werde den Mitarbeitern auch nicht ausgehändigt, sondern direkt an den Steuerberater versandt. Es sei dann mündlich vereinbart worden, dass der Beigeladene zu 1 der Klägerin mitteilen solle, an welchen Tagen er Dauernachtwachen mit seinem Betrieb übernehmen könne. Die in der Zeit vom 1. April 2000 bis 22. März 2002 übernommenen Nachtwachen habe er allein durchgeführt, ohne dass weisungsbefugte Mitarbeiter anwesend gewesen seien, und der Klägerin dann in Rechnung gestellt. Andere Arbeiten habe er nicht verrichtet. Dass er seine Tätigkeit ortsgebunden habe erbringen, sich in gewisse Arbeitsabläufe des Hauses habe einfügen und bei der Betreuung der Bewohner einige Vorgaben habe beachten müssen, liege in der Natur der Tätigkeit als Krankenpfleger begründet und sei nicht in erster Linie auf Weisungen der Klägerin zurückzuführen. Insofern sage es weder über Selbstständigkeit noch Unselbstständigkeit etwas aus, dass die Pflege während der Nachtwachen nach ärztlicher Verordnung erfolgt sei und der Beigeladene zu 1 die Pflegedokumentation und ein Übergabebuch mit besonderen Vorfällen habe führen müssen. Die Pflegedokumentation sei zur Abrechnung erbrachter Leistungen mit den Krankenkassen erforderlich gewesen. Anders als angestellte Mitarbeiter habe er auch keine Aufräum-, Reinigungs- oder sonstigen Nebentätigkeiten zu erledigen gehabt, niemals an Dienstbesprechungen teilgenommen und auch keine Anweisungen der Pflegedienstleitung erhalten. Vielmehr habe er sich mehrfach Weisungen ausdrücklich verboten, etwa diejenige, Aufräumarbeiten zu verrichten. Soweit er mit dem von ihm vorgelegten Dienstbesprechungsbuch seine Teilnahme an Dienstbesprechungen belegen wolle, habe er seine Unterschriften offenbar nachträglich eingefügt. Am 5. Januar 2000 sei er noch gar nicht für die Klägerin tätig gewesen. In der Bestimmung seiner Arbeitszeit sei er völlig frei gewesen. Der Beigeladene zu 1 habe nur nach seinen freien Kapazitäten zur Verfügung stehen wollen und in unregelmäßigem zeitlichen Umfang gearbeitet. Er habe seine Einsatzzeiten im Vormonat für den Folgemonat mit der Pflegedienstleitung, der Zeugin M. (früher: S.), abgestimmt. Diese habe die Dienstpläne erstellt und sich, wenn es hinsichtlich der Nachtwache Lücken gegeben habe, mit dem Beigeladenen in Verbindung gesetzt. Dieser habe dann vorgegeben, wann er könne und wann nicht. Die Arbeitszeit von 20:00 bis 7:00 Uhr habe seinem Wunsch entsprochen. Urlaub habe er gemacht, wann er wollte. Erkrankungen habe er nicht nachgewiesen. In die Dienstpläne sei er lediglich pro forma eingetragen gewesen. Auch habe er jederzeit mitteilen können, dass er einen vereinbarten Dienst nicht wahrnehmen könne. Es sei dann Sache der Pflegedienstleitung gewesen, sich darum zu kümmern. Der Beigeladene zu 1. habe von dieser Möglichkeit auch mehrfach Gebrauch gemacht. Der Beigeladene zu 1 habe seine Dienstleistung nicht persönlich erbringen müssen. Ebenso gut hätte er einen seiner Mitarbeiter für die Nachtwachen benennen können, wenn er für diesen eine Examensurkunde vorgelegt hätte. Er habe auch ein unternehmerisches Risiko getragen, seine Preise frei gestaltet und sei am Markt aufgetreten. Dies belegten die im März 2000

bei der Klägerin vorgelegten Unterlagen und der als Bruttobetrag vereinbarte Stundenlohn von 43,- DM, der weit über dem üblichen Stundenlohn für Angestellte von 25,- bis 27,- DM gelegen habe. Eine Nettolohnabrede sei nicht getroffen worden. Er sei auch sonst als freier Krankenpfleger tätig gewesen. Deshalb habe sein monatlicher Verdienst auch stark geschwankt. Entgeltfortzahlungen oder bezahlten Urlaub habe er nicht erhalten. Mithin habe er ein unternehmerisches Risiko getragen. Nach allem könne von einer abhängigen Beschäftigung nicht die Rede sein. Der zuständigen Heimaufsicht sei bekannt gewesen, dass der Beigeladene zu 1 bei ihr als freier Mitarbeiter tätig gewesen sei. Die von der Klägerin unterzeichnete Personalaufstellung vom 26. September 2000 habe nur dem Nachweis der Fachpersonalquote gegenüber der Heimaufsicht gedient. Auch mit der vorgelegten Mitarbeiteraufstellung versuche der Beigeladene zu 1, Sachverhalte zu konstruieren. So seien die Beschäftigungstherapeutin Frau B. und die Friseurmeisterin D. ebenfalls als Freiberufler bei der Klägerin tätig gewesen. Weder das von ihm vorgelegte Arbeitszeugnis noch der arbeitsgerichtliche Vergleich vom 28. Februar 1999 seien demgegenüber geeignet, eine Arbeitnehmereigenschaft zu belegen. Durch einen Vergleich würden üblicherweise nur Prozessrisiken abgeschnitten, ohne dass damit etwas über die wirkliche Rechtslage gesagt sei. Zum Beleg ihrer Darstellung hat die Klägerin verschiedene Unterlagen vorgelegt.

Die Beklagte ist der Klage entgegen getreten. Sie hat sich auf ihre Ausführungen in dem Widerspruchsbescheid vom 15. März 2005 bezogen und ihre Auffassung durch die Angaben des Beigeladenen zu 1 als gestützt angesehen.

Der Beigeladene zu 1 hat keinen Antrag gestellt und vorgetragen, er habe sich als examinierter Krankenpfleger bei der Klägerin beworben und dieser komplette Bewerbungsunterlagen übergeben müssen. Als Fremddienstleister sei er nicht aufgetreten. Er habe niemals den Anschein erweckt, Inhaber eines Pflegedienstes zu sein und Mitarbeiter zu beschäftigen. Er habe die Abschlussurkunde zum Krankenpfleger, einen Lebenslauf, diverse Dienstzeugnisse, eine Lohnsteuerkarte, seinen Sozialversicherungsausweis sowie, zum zusätzlichen Nachweis seiner Qualifikation, zwei bereits abgelaufene Kassenzulassungen als Einzelpflegekraft vorgelegt, die er allerdings nie genutzt habe und mit denen er auch nur in der ambulanten, nicht dagegen in der stationären Pflege hätte tätig sein können. Er sei gebeten worden, ein Mitarbeiterblatt mit seinen Daten auszufüllen und habe eine Kopie für seine Unterlagen erhalten. Ein Personalbogen, wie ihn die Klägerin vorgelegt habe, sei ihm nicht vorgelegt worden. Man habe einen Nettolohn von 43,- DM je Stunde vereinbart. Dass dieser Lohn weit über dem Stundensatz der übrigen Mitarbeiter gelegen habe, könne dahingestellt bleiben, denn er sei frei ausgehandelt worden. Andererseits deute schon die Tatsache des Stundenlohnes auf eine Arbeitnehmereigenschaft hin (Hinweis auf Urteile des Bundesgerichtshofs und des Bundesarbeitsgerichts). Das von ihm zu verwendende Rechnungsmuster habe die Klägerin vorgegeben. In diesem Muster habe sie die Nachtschichtstunden nach den Dienstplänen vermerkt und diese Stunden vergütet. Die von der Klägerin vorgelegten Rechnungen enthielten seine privaten Hobbys. Die Klägerin habe ihm aus Vereinfachungsgründen gestattet, diese von ihm vor Jahren privat entworfenen, allein der Kontaktaufnahme mit Gleichgesinnten dienenden und zu keiner Zeit geschäftlich verwendeten Briefköpfe zu verwenden. Er habe im Heim der Klägerin und damit vor Ort gearbeitet und ihm nach den Dienstplänen fest vorgegebene, wenn auch mit ihm ebenso wie mit anderen Mitarbeitern unter Berücksichtigung persönlicher Wünsche abgesprochene Arbeitszeiten im Nachtdienst von mindestens 38,5 Wochenstunden einhalten müssen. Die Dienstzeiten von 20.00 bis 7.00 Uhr seien strikt einzuhalten gewesen. Änderungswünsche hätten stets der vorherigen Zustimmung der Vorgesetzten bedurft und seien von der Klägerin stets abgelehnt worden. Er sei auch sonst voll in die betriebliche Organisation eingebunden gewesen, habe keine eigene Betriebsstätte unterhalten, kein eigenes Kapital eingesetzt, nicht am mit unternehmerischer Initiative am Marktgeschehen teilnehmen können und nur seine persönliche Arbeitskraft zu Verfügung gestellt. Seine Aufgabe sei die Pflege und Betreuung der Heimbewohner während des Nachtdienstes gewesen. Er sei von Mitarbeitern der Klägerin eingewiesen worden und habe die von dieser vorgehaltene Arbeitskleidung getragen, die in der Pflegeplanung und im Pflegedokumentationssystem im Einzelnen vorgegebenen Tätigkeiten ausführen und dies mit Handzeichen bestätigen müssen. Seine Tätigkeit habe sich nicht von der Tätigkeit anderer Angestellter im Nachtdienst unterschieden. Sie sei überwacht und kontrolliert worden. Regelmäßig habe er an Dienstbesprechungen teilgenommen. Dabei seien Anordnungen und Anweisungen festgehalten worden, deren Kenntnis er mit seiner Unterschrift bestätigt habe. Die mit Datum vom 5. Januar 2000 erfassten Anweisungen habe er nach seinem Dienstantritt durchlesen und mit seiner Unterschrift zur Kenntnis nehmen müssen. In einem Übergabebuch habe er die Übergabe und Besonderheiten im Nachtdienst festhalten müssen. Auch andere Nebentätigkeiten wie Reinigungs- und Aufräumarbeiten habe er erledigen müssen. Seine Leistungen habe er nur persönlich erbringen können und dürfen; über Angestellte habe er nicht verfügt. Andere, gleichartige Tätigkeiten habe er nebenher nicht verrichtet. Er sei mit einem Nettoentgelt nach Stunden bezahlt worden und habe von der Klägerin vorgegebene Rechnungsmuster verwenden müssen. Dass er als angestellter Krankenpfleger beschäftigt gewesen sei, werde auch aus den ihm erteilten Steuerbescheiden und der an die Heimaufsichtsbehörde gerichteten Personalaufstellung der Klägerin vom 26. September 2000 deutlich, die wiederum auf den im Mitarbeiterblatt angegebenen Daten beruhe. Mit dieser Aufstellung hätten gemäß der Heimpersonalverordnung nur Beschäftigte gemeldet werden dürfen; entsprechend sei die Meldung auch für ihn abgefasst. Auch nach außen hin sei er in Informationsblättern und Auflistungen als Mitarbeiter aufgeführt gewesen. Mit den Patienten habe er keine Vertragsbeziehung gehabt. Das bestreite auch die Klägerin nicht. Schon nach der einschlägigen Rechtsprechung bestehe deshalb ein Abhängigkeitsverhältnis (Hinweis auf Urteile des Landgerichts Hamburg, des Landessozialgerichts Berlin, des Landessozialgerichts Baden-Württemberg, des Landessozialgerichts Hamburg und die Stellungnahme des AOK-Bundesverbandes vom 19. Juli 2001 zur versicherungsrechtlichen Beurteilung von Pflegekräften im stationären Bereich). Die von der Klägerin benannten Zeugen würden sich nach der verstrichenen Zeit kaum noch an Details erinnern und seien ohnehin als befangen anzusehen, da sie Arbeitnehmer der Klägerin seien. Im Altersheim am R. sei er ebenfalls als Arbeitnehmer beschäftigt gewesen. Dies belege das ihm ausgestellte Dienstzeugnis vom 28. Februar 1999 und die steuerrechtliche Behandlung seiner Einkünfte aus nichtselbstständiger Tätigkeit. Auch die vergleichsweise vereinbarte Abfindung werde nur Arbeitnehmern bezahlt. Im Altersheim am R. habe man im Übrigen, zum Teil über die Firma Senior-Service vermittelt, eine Vielzahl von Scheinselbstständigen beschäftigt. Gegen diese Firma sei wegen illegaler Arbeitnehmerüberlassung ermittelt, und es seien Beitragsforderungen festgesetzt worden, deren Rechtmäßigkeit das Landessozialgericht Hamburg bestätigt habe. Beide Arbeitgeber hätten ebenso wie hier die stundenweise Abrechnung gefordert. Zum Beleg für seine Darstellung hat der Beigeladene zu 1 verschiedene Unterlagen vorgelegt.

Das Sozialgericht hat 2 Bände Verwaltungsvorgänge der Beklagten beigezogen und in der mündlichen Verhandlung am 12. September 2008 die Klägerin, den Beigeladenen zu 1 und die damalige Pflegedienstleiterin der Klägerin, die Zeugin M., vernommen. Einzelheiten hierzu ergeben sich aus dem Sitzungsprotokoll von diesem Tage, auf dessen Inhalt Bezug genommen wird.

Mit seinem Urteil vom 12. September 2008 hat das Sozialgericht die angefochtenen Bescheide der Beklagten aufgehoben und entsprechend dem von der Klägerin gestellten Antrag festgestellt, dass die Tätigkeit des Beigeladenen zu 1 nicht innerhalb eines sozialversicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnisses ausgeübt worden sei. Zur Begründung seiner Entscheidung hat es ausgeführt:

Die Tätigkeit von Pflegefachkräften als Nachtwache in einem Krankenhaus, Pflege- oder Seniorenheim könne sowohl in einem abhängigen Beschäftigungsverhältnis als auch als Dienstleistung im Rahmen einer selbstständigen Tätigkeit ausgeführt werden. Sie werde in beiden Fällen weitgehend weisungsfrei ausgeübt, denn es gebe in der Nacht keinen vor Ort anwesenden Mitarbeiter, der konkrete Weisungen für anfallende Pflege- oder Überwachungstätigkeiten geben könne. Bei Notfällen seien die Mitarbeiter auf sich allein gestellt und müssten in eigener Verantwortung handeln. Art und Ablauf ihrer Verrichtungen ergäben sich zum einen aus der Natur der Sache, zum anderen aus den rechtlichen und vertraglichen Verpflichtungen, die eine ordnungsgemäße Pflege sicherstellen sollten. Wenn es dabei bestimmte vorgegebene Strukturen, Ablaufanweisungen und Dokumentationspflichten gebe, der Dienstverpflichtete also an Weisungen irgendwelcher Art gebunden sei, reiche dies für die Annahme einer abhängigen Beschäftigung nicht aus. Denn auch wer sich als Selbstständiger zur entgeltlichen Geschäftsbesorgung verpflichte, müsse grundsätzlich Weisungen des Dienstberechtigten beachten. Deshalb müsse im Einzelfall unter Beachtung der tatsächlichen Ausgestaltung der Tätigkeit geprüft werden, ob durch die erteilten Weisungen eine Eingliederung in den Betrieb erfolge oder ob nur unschädliche Weisungen vorlägen, die auch für eine selbstständige Tätigkeit üblich seien. Das Gericht teile nicht die in der Rechtsprechung vertretene Auffassung, dass Nachtdienste in einer stationären Einrichtung nur innerhalb eines Beschäftigungsverhältnisses ausgeübt werden könnten. Dies ergebe sich nicht aus § 71 Abs. 2 Ziffer 1 Elftes Buch Sozialgesetzbuch (SGB XI), weil nach dieser Vorschrift nur eine bestimmte fachliche Qualifikation der Pflegepersonen gefordert werde, die ebenso gut von Selbstständigen wie Beschäftigten erfüllt werden könne. So verhalte es sich auch bei vielen anderen Tätigkeiten, die bestimmte Qualifikationen erforderten. Das gelte insbesondere für das Gesundheitswesen. So könnten etwa Ärzte in einem Krankenhaus abhängig beschäftigt oder wie z.B. Belegärzte, Leiter oder Inhaber von Kliniken selbstständig tätig sein. Ebenso könnten Dienstleistungen im Pflegebereich von Pflegebetrieben angeboten und von qualifizierten Pflegefachkräften ausgeführt werden. Weshalb dies in Haushalten für Privatpersonen möglich, in stationären Einrichtungen aber nicht möglich sein solle, erschließe sich nicht. Mithin sei im Einzelfall zu prüfen, welche Umstände für eine abhängige Beschäftigung und welche für eine selbstständige Verrichtung sprächen. Entscheidende Kriterien seien der Grad der Eingliederung in den Betrieb und die dem Betreffenden verbleibenden Gestaltungsmöglichkeiten beim Einsatz seiner Arbeitskraft. Nach diesen Grundsätzen sei der Beigeladene zu 1 nur in sehr geringem Umfang in die Arbeitsorganisation der Klägerin eingebunden gewesen. Er habe weitgehend frei über seine Arbeitskraft verfügen und Art und Häufigkeit seiner Einsätze selbst bestimmen können. Dies ergebe sich aus den glaubhaften Angaben der Klägerin und der Aussage der Zeugin M ... Danach sei der Beigeladene zu 1 anders als der festangestellte Mitarbeiter, der lediglich Wünsche äußern könne, nicht gleich fest eingeplant worden. Vielmehr habe er auf Anfragen der Pflegedienstleitung, die unstreitig aufgrund entstandener Vakanzen veranlasst gewesen seien, die ihm passenden Termine vorgegeben, und der Dienstplan sei erst im Anschluss erstellt worden. Er sei auch längere Zeit nicht im Dienst gewesen. Dies habe der Beigeladene auch bestätigt und damit sein abweichendes Vorbringen relativiert. Entgegen seinen schriftsätzlichen Angaben habe der Beigeladene zu 1 auch keineswegs regelmäßig an Dienstbesprechungen teilgenommen. Auch dies ergebe sich aus den Angaben der Klägerin, den Bekundungen der Zeugin M. und den Angaben des Beigeladenen zu 1 selbst, der im Verhandlungstermin erklärt habe, nur an einer Dienstbesprechung teilgenommen zu haben. Es sei auch wenig wahrscheinlich, dass er, der nur im Nachtdienst gearbeitet habe, zu den Dienstbesprechungen erschienen sei, die tagsüber stattgefunden hätten. Mit dem Beigeladenen zu 1 seien auch keine Mitarbeitergespräche geführt worden, und er habe, wie die Zeugin M. ebenfalls glaubhaft bekundet habe, anders als angestellte Mitarbeiter keine zusätzlichen Arbeiten verrichten müssen. Für eine selbstständige Tätigkeit spreche schließlich auch der sehr hohe Stundenlohn von 43,- DM sowie außerdem der Umstand, dass der Beigeladene zu 1 Rechnungen gestellt habe. Das Gericht gehe davon aus, dass eine selbstständige Tätigkeit verabredet und ein Nettolohn nicht vereinbart worden sei. Das diesbezügliche Vorbringen der Klägerin sei plausibel und die gegenteilige Darstellung des Beigeladenen zu 1 nicht glaubhaft. Eine Nettolohnvereinbarung sei ungewöhnlich, schwierig umzusetzen und habe nicht im Interesse der Klägerin gelegen. Außerdem seien Dienstleistungsstunden und nicht Arbeitsstunden berechnet worden, und der Beigeladene zu 1 habe auf seinen Rechnungen weitere Tätigkeitsbereiche genannt. Die vom Beigeladenen zu 1 angeführten spezifischen Vorgaben und Dokumentationspflichten werte das Gericht als in der Natur der Sache liegend und nicht von Bedeutung für die Einstufung. Es handele sich im Wesentlichen um zwingende rechtliche oder vertragliche Vorgaben, die zur Sicherstellung einer ordnungsgemäßen Pflege erforderlich seien und gleichermaßen für Selbstständige und Beschäftigte gälten. Für eine abhängige Beschäftigung sprächen die Nutzung der zur Verfügung gestellten Arbeitsmaterialien, Geräte und Arbeitskleidung, der vorgegebene Arbeitsort und der Umstand, dass der Beigeladene zu 1 tatsächlich nicht für andere Auftraggeber tätig geworden sei. Für ein gewisses wirtschaftliches Abhängigkeitsverhältnis spreche auch, dass er zuletzt in einem Umfang von mehr als 30 Wochenstunden bei der Klägerin eingesetzt gewesen sei. In der Gesamtabwägung komme der mangelnden Einbindung in die Arbeitsabläufe und die Betriebsorganisation der Klägerin die entscheidende Bedeutung zu. Es sei deshalb gerechtfertigt, von einer selbstständigen Tätigkeit auszugehen.

Berufungsverfahren Gegen das ihr am 22. Dezember 2008 zugestellte Urteil hat die Beklagte am 21. Januar 2009 Berufung eingelegt. Zur Begründung ihres Rechtsmittels trägt sie vor: Zu Unrecht habe das Sozialgericht den Beigeladenen zu 1 mit dem Inhaber eines Krankenhauses oder einem Belegarzt verglichen. Weder sei der Beigeladene zu 1 Inhaber der von der Klägerin betriebenen Einrichtung gewesen noch habe er wie ein niedergelassener Arzt eigene Patienten in seinen Belegbetten betreut und seine Leistungen als Leistungserbringer mit den Krankenkassen abgerechnet. Eher hätte das Sozialgericht im Rahmen der angeführten Beispiele seine Tätigkeit mit der eines angestellten Arztes vergleichen müssen. Soweit das Sozialgericht meine, dass pflegerische Leistungen auch für Einzelpersonen und Haushalte im Rahmen häuslicher Krankenpflege von Selbstständigen erbracht werden könnten und deshalb auch im vorliegenden Fall erbracht worden seien, übersehe es die umfangreiche berufsgerichtliche Rechtsprechung zu sog. Dreiecksverhältnissen, zur Beschäftigteneigenschaft der für einen privaten Pflegedienst tätigen Pflegekräfte, zur Unterscheidung zwischen Unternehmer- und Arbeitsplatzrisiko und zur fehlenden Selbstständigkeit allein aufgrund des Umstandes, dass eine Pflegekraft Aufträge auch ablehnen könne (Hinweise auf Urteile der Landessozialgerichte Hamburg, Baden-Württemberg und Berlin). Auch in dem Recht, für andere Auftraggeber tätig zu sein, sei kein Indiz für eine Selbstständigkeit zu sehen, da dieses Recht in der heutigen Lebenswirklichkeit auch für Beschäftigte, insbesondere in geringfügigen oder kurzfristigen Beschäftigungen, selbstverständlich sei. Schließlich habe die Tätigkeit ausschließlich am Betriebssitz des Arbeitgebers ausgeübt werden können, was ein erhebliches Indiz für die Weisungsgebundenheit hinsichtlich des Arbeitsorts darstelle. Auch in der Würdigung des Sachverhalts könne den Ausführungen des Sozialgerichts nicht gefolgt werden. Der Beigeladene zu 1 sei nach dem Umfang der geleisteten Stunden, nach der mit Unterschrift bestätigten Kenntnisnahme von Informationen und Anweisungen und der Aufnahme in die Handzeichenliste nicht anders als festangestellte Mitarbeiter behandelt worden. Der erhöhte Stundenlohn sei lediglich Produkt einer falschen Statusführung. Soweit der Beigeladene zu 1 andere Tätigkeiten ausgeübt habe, stünden diese nicht in Zusammenhang mit der hier zu beurteilenden Tätigkeit und ließen deshalb auf sie keine Rückschlüsse zu.

Die Beklagte beantragt sinngemäß,

das Urteil des Sozialgerichts Hamburg vom 12. September 2008 aufzuheben und die Klage abzuweisen.

Die Klägerin beantragt sinngemäß,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie tritt der Berufung entgegen. Abstraktes Vorbringen der Beklagten könne keine Fehlerhaftigkeit des angefochtenen Urteils begründen. Dieses weiche in seinen tragenden Gründen auch nicht von einer Entscheidung eines Landessozialgerichts ab. Die Abwägung, ob ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis oder eine selbstständige Tätigkeit vorliege, habe das Sozialgericht rechtsfehlerfrei und in Übereinstimmung mit den in der Rechtsprechung hierzu entwickelten Grundsätzen vorgenommen. Der hier zu prüfende Sachverhalt weiche von demjenigen, über den das Landessozialgericht Hamburg in seinem Urteil vom 18. Mai 2004 (Aktenzeichen [L 1 KR 80/04](#)) befunden habe, in mehrfacher Hinsicht ab. Anders als dort sei der Beigeladene zu 1 nicht fest in die Dienstpläne und die Arbeitsorganisation der Klägerin eingebunden gewesen und habe einen weit höheren Stundenlohn als angestellte Mitarbeiter erhalten. Richtigerweise habe das Sozialgericht auch festgestellt, dass er eine eigene Betriebsstätte gehabt habe, wie aus seinem Briefkopf ersichtlich sei, dass er Dienststunden, nicht Arbeitsstunden berechnet habe, und dass er an den regelmäßigen Dienstbesprechungen nicht teilgenommen habe.

Der Beigeladene zu 1 hat sich nicht weiter geäußert und keinen Antrag gestellt.

Während des Berufungsverfahrens hat die Beklagte gegenüber der Klägerin und dem Beigeladenen zu 1 mit Bescheiden vom 22. August 2011 die bisher angefochtenen Bescheide dahingehend abgeändert, dass in der Zeit vom 1. April 2000 bis 22. März 2002 in der vom Beigeladenen zu 1 ausgeübten Beschäftigung als Krankenpfleger bei der Klägerin Versicherungspflicht in der Krankenversicherung, der Pflegeversicherung, der Rentenversicherung sowie nach dem Recht der Arbeitsförderung bestanden habe. Diese Bescheide seien Gegenstand des Klageverfahrens geworden.

Das erkennende Gericht hat die notwendigen Beiladungen der Beigeladenen zu 2 bis 4 nachgeholt (Beschluss vom 19. September 2011) und die Prozessakten des Landessozialgerichts Hamburg zu den Aktenzeichen [L 1 KR 65/04](#) und [L 1 KR 80/04](#) beigezogen. Die Beklagte hat einen weiteren Band Verwaltungsakten überreicht, der Unterlagen zu dem Ermittlungsverfahren der Staatsanwaltschaft Hamburg gegen die Kirchengemeinde W. und den damaligen Leiter des von ihr früher betriebenen Altersheims am R. enthält.

Sämtliche Beteiligten haben sich damit einverstanden erklärt, dass über die Berufung ohne mündliche Verhandlung durch die (damalige) Berichterstatlerin als Einzelrichterin entschieden wird.

Zur Ergänzung des Sachverhalts wird auf den Inhalt der Prozessakten L 3 R 13/09 (2 Bände) sowie der Verwaltungsvorgänge der Beklagten (3 Bände) Bezug genommen. Diese Unterlagen haben dem Gericht bei seiner Entscheidung vorgelegen.

Entscheidungsgründe:

Das Gericht entscheidet mit Zustimmung der Beteiligten durch den Berichterstatler als konsentierten Einzelrichter ([§ 155 Abs. 3](#) und 4 Sozialgerichtsgesetz (SGG)). Die statthafte ([§§ 143, 144](#) des Sozialgerichtsgesetzes (SGG)) und auch im Übrigen zulässige, insbesondere form- und fristgerecht ([§ 151 SGG](#)) eingelegte Berufung der Beklagten ist begründet. Das Sozialgericht hat der Klage zu Unrecht stattgegeben, denn diese ist - als eine auf Anfechtung der festgestellten Sozialversicherungspflicht gerichtete Klage ([§ 54 Abs. 1 SGG](#)), die dem Prozessziel der Beteiligten unabhängig vom Ausgang des Verfahrens genügt - zwar zulässig, aber unbegründet.

Gegenstand des Verfahrens ist der Bescheid der Beklagten vom 28. Juni 2004 in der Fassung des Widerspruchsbescheides vom 15. März 2005 ([§ 95 SGG](#)) in der Gestalt, den er inzwischen durch den Bescheid vom 22. August 2011 erhalten hat. Dieser Bescheid ist gemäß [§ 153 Abs. 1](#) in Verbindung mit [§ 96 Abs. 1 SGG](#) Gegenstand des Berufungsverfahrens geworden. Denn mit ihm sind die bis dahin angefochtenen Bescheide, mit denen die Beklagte nach der vom Ausgangsbescheid abweichenden Fassung des Widerspruchsbescheides lediglich über das Bestehen einer dem Grunde nach sozialversicherungspflichtigen Beschäftigung des Beigeladenen zu 1 in der Zeit vom 1. April 2000 bis 22. März 2002 und damit in unzulässiger Weise nur über einzelne Elemente der Sozialversicherungspflicht entschieden hat, abgeändert worden, indem die Beklagte nunmehr den Verfügungssatz um die nach neuerer Rechtsprechung des Bundessozialgerichts auch im Anfrageverfahren nach [§ 7a](#) Viertes Buch Sozialgesetzbuch (SGB IV) notwendige (vgl. Bundessozialgericht (BSG), Urteile vom 11. März 2009 - [B 12 R 11/07 R](#), [BSGE 103, S. 17](#) und vom 4. Juni 2009 - [B 12 R 6/08 R](#), USK 2009-72, beide Entscheidungen auch in juris) Feststellung des Vorliegens der Versicherungspflicht zu den verschiedenen Zweigen der Sozialversicherung ergänzt hat.

Diese Entscheidung der Beklagten ist rechtmäßig und verletzt die Klägerin und den Beigeladenen zu 1 daher nicht in ihren Rechten. Die Beklagte hat auf Anfrage beider Beteiligter gemäß [§ 7a SGB IV](#) zu Recht festgestellt, dass die in der Zeit vom 1. April 2000 bis 22. März 2002 ausgeübte Tätigkeit des Beigeladenen zu 1 in der seinerzeit von der Klägerin betriebenen Seniorenresidenz U. Sozialversicherungspflicht in der gesetzlichen Kranken- und Rentenversicherung, der sozialen Pflegeversicherung und nach dem Recht der Arbeitsförderung begründete. Sie durfte hierüber auch nach Beendigung der Tätigkeit entscheiden (vgl. BSG, Urteil vom 4. Juni 2009 - [B 12 KR 31/07 R](#), [SozR 4-2400 § 7a Nr. 3](#)), und ihre Feststellungen erweisen sich auf der Grundlage einer Gesamtwürdigung aller tatsächlichen Umstände des vorliegenden Falles als rechtsfehlerfrei.

In den Jahren 2000 bis 2002, um die es hier geht, unterlagen Personen, die gegen Arbeitsentgelt beschäftigt waren, der Versicherungspflicht in der gesetzlichen Kranken-, Pflege-, Renten- und Arbeitslosenversicherung ([§ 5 Abs. 1 Nr. 1 SGB V](#), [§ 20 Abs. 1 Satz 1 und Satz 2 Nr. 1 SGB XI](#), [§ 1 Satz 1 Nr. 1](#) des Sozialgesetzbuchs Sechstes Buch (SGB VI) sowie [§ 24 Abs. 1](#) und [§ 25 Abs. 1](#) des Sozialgesetzbuchs Drittes Buch (SGB III)). Beurteilungsmaßstab für das Vorliegen einer abhängigen Beschäftigung ist [§ 7 Abs. 1 Satz 1 SGB IV](#) in seiner bis heute unverändert geltenden Fassung. Danach ist Beschäftigung die nichtselbstständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis. Nach [§ 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 setzt eine Beschäftigung voraus, dass der Arbeitnehmer vom Arbeitgeber persönlich abhängig ist. Bei einer Beschäftigung in einem fremden Betrieb ist dies der Fall, wenn der Beschäftigte in den Betrieb eingegliedert ist und er dabei einem Zeit, Dauer, Ort und Art der Ausführung umfassenden Weisungsrecht des Arbeitgebers unterliegt. Diese Weisungsgebundenheit kann

eingeschränkt und zur "funktionsgerecht dienenden Teilhabe am Arbeitsprozess" verfeinert sein. Bei untergeordneten und einfacheren Arbeiten ist eher eine Eingliederung in eine fremde Arbeitsorganisation anzunehmen. Demgegenüber ist eine selbstständige Tätigkeit vornehmlich durch das eigene Unternehmerrisiko, das Vorhandensein einer eigenen Betriebsstätte, die Verfügungsmöglichkeit über die eigene Arbeitskraft und die im Wesentlichen frei gestaltete Tätigkeit und Arbeitszeit gekennzeichnet. Ob jemand abhängig beschäftigt oder selbstständig tätig ist, richtet sich ausgehend von den genannten Umständen nach dem Gesamtbild der Arbeitsleistung und hängt davon ab, welche Merkmale überwiegen. Das Gesamtbild bestimmt sich nach den tatsächlichen Verhältnissen, d.h. nach den rechtlich relevanten Umständen, die im Einzelfall eine wertende Zuordnung zum Typus der abhängigen Beschäftigung erlauben (vgl. zuletzt BSG, Urteil vom 28. September 2011 – [B 12 R 17/09 R](#), USK 2011-125 und juris mit umfangreichen Nachweisen; zur Verfassungsmäßigkeit dieser Abgrenzung: Bundesverfassungsgericht, Beschluss vom 20. Mai 1996 – [1 BvR 21/96](#), [SozR 3-2400 § 7 Nr. 11](#) und juris). Zu diesen das Gesamtbild prägenden tatsächlichen Verhältnissen gehört zunächst das Vertragsverhältnis der Beteiligten, so wie es sich aus den von ihnen getroffenen Vereinbarungen ergibt und sich aus ihrer gelebten Beziehung erschließen lässt. Steht die tatsächlich gelebte Beziehung zu den getroffenen Vereinbarungen im Widerspruch und ergibt sich hieraus eine Schlussfolgerung auf die tatsächlich gewollte Rechtsnatur der Beziehung, geht sie der formellen Vereinbarung regelmäßig vor. Maßgeblich ist die Rechtsbeziehung so wie sie praktiziert wird und die praktizierte Beziehung so, wie sie rechtlich zulässig ist. In diesem Sinne gilt, dass die tatsächlichen Verhältnisse den Ausschlag geben, wenn sie von den getroffenen Vereinbarungen abweichen (vgl. BSG, Urteile vom 25. Januar 2006 – [B 12 KR 30/04 R](#), vom 24. Januar 2007 – [B 12 KR 31/06 R](#), [SozR 4-2400 § 7 Nr. 7](#) und vom 28. Mai 2008 – [B 12 KR 13/07 R](#), USK 2008-45).

Unter Zugrundelegung dieser Maßstäbe lag eine abhängige Beschäftigung des Beigeladenen zu 1 bei der Klägerin im Sinne des [§ 7 Abs. 1 SGB IV](#) vor, die nach [§ 5 Abs. 1 Nr. 1 SGB V](#), [§ 20 Abs. 1 Satz 1 und Satz 2 Nr. 1 SGB XI](#), [§ 1 Satz 1 Nr. 1 SGB VI](#) sowie [§ 24 Abs. 1](#) und [§ 25 Abs. 1 SGB III](#) Versicherungspflicht begründete, angesichts der offenen Vereinbarungen zu dem regelmäßigen zeitlichen Umfang und den daraus resultierenden monatlichen Einkünften auch mehr als geringfügig ([§ 8 SGB IV](#)) war und in Anbetracht der erzielten Jahreseinkommen nicht zur Versicherungsfreiheit in der Kranken- und Pflegeversicherung nach [§§ 6 Abs. 1 Nr. 1](#), 4, 6 und 7 SGB V, [20 Abs. 1 Satz 1 SGB XI](#) führte (die maßgebliche Jahresarbeitsentgeltgrenze betrug im Jahre 2000 77.400,- DM (39.574,- EUR), im Jahre 2001 78.300,- DM (40.034 EUR) und im Jahre 2002 40.500 EUR). Diese Einkommensgrenzen sind nach den vorliegenden Rechnungen des Beigeladenen nicht überschritten worden.

Das Gericht lässt offen, ob eine Pflgetätigkeit in einer stationären Einrichtung überhaupt in Form einer selbstständigen Tätigkeit erbracht werden kann, wie das Sozialgericht meint. Mag dies im Hinblick allein auf die erforderliche Qualifikation noch rechtlich zulässig sein, führt jedoch grundsätzlich schon die Eigenart einer solchen Tätigkeit, deren Zeit, Ort und Inhalt zwingend von den weisungsberechtigten Pflegeeinrichtungen vorgegeben wird, die im Übrigen auch die benutzten Arbeitsmittel stellen, dazu, dass die regelmäßige Erbringung von Pflegeleistungen für einen anderen Vertragspartner als den Patienten grundsätzlich als Arbeitsverhältnis aufzufassen ist, es sei denn, es treten besondere Umstände hinzu, die die Abhängigkeit der Pflegekraft im Einzelfall aufheben (vgl. Urteil des Senats vom 20. Juni 2012 – [L 2 R 115/10](#); Urteil des Bayerischen Landessozialgerichts vom 13. Juli 2005 – [L 5 KR 187/04](#), [PflR 2006, 26](#), und juris; Urteile des Landessozialgerichts für das Land Nordrhein-Westfalen vom 20. Juli 2011 – L 8 R 531 und 534/10, jeweils juris; anders: Urteile des Bayerischen Landessozialgerichts vom 24. November 2009 – [L 5 R 867/08](#) – und 22. März 2011 – [L 5 R 627/09](#), jeweils juris). Dass der Gesetzgeber in [§ 2 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 SGB VI](#) selbst anerkennt, dass Pflegepersonen selbstständig sein können, führt nicht dazu, die Grundsätze der Abgrenzung zwischen abhängiger Beschäftigung und selbstständiger Tätigkeit für Fälle der vorliegenden Art zu suspendieren. Mit der genannten Regelung zur Versicherungspflicht selbstständiger Pflegekräfte, die sich ausschließlich auf Kranken-, Wochen-, Säuglings- und Kinderpfleger beschränkt, die auf ärztliche Anordnung bzw. Verordnung tätig werden, und z.B. Altenpfleger nicht erfasst, wird nur klargestellt, dass der erfasste Personenkreis trotz seiner Weisungsabhängigkeit vom verordnenden Arzt nicht als abhängig beschäftigt anzusehen ist (vergleiche Gürtner in: Kasseler Kommentar zum Sozialversicherungsrecht, 73. Ergänzungslieferung 2012, [§ 2 SGB VI](#), Randnr. 12).

Entgegen der Auffassung der Klägerin und des Sozialgerichts war im vorliegenden Fall der Beigeladene zu 1 nicht nur in einem rechtlich zu vernachlässigenden Umfang oder in einer auch für selbstständig tätige Auftragnehmer typischen Weise in den Betrieb der Klägerin, insbesondere die von ihrer Seite vorgegebene Arbeitsorganisation, eingegliedert. Im Rahmen der von ihm angenommenen Einsätze übernahm er Nachtwachen, die sonst von angestellten Mitarbeitern der Klägerin durchgeführt worden wären. Er unterlag dabei ganz wesentlich den Anweisungen der Klägerin. Seine Entscheidungsfreiheit beim Zustandekommen eines Auftrages beschränkte sich darauf, einen ihm angebotenen Einsatz in der Nachtwache anzunehmen oder abzulehnen. Hatte er sich, wie er es über einen Zeitraum von fast zwei Jahren in unterschiedlicher zeitlicher Dichte getan hat, für die Annahme eines Auftrags entschieden, hatte er die Arbeit einer Nachtwache am vorgegebenen Arbeitsort, dem Heim der Klägerin, in dem vorgegebenen zeitlichen Umfang von 19.00 oder 20.00 bis 7.00 Uhr und in der Art und Weise auszuführen, wie sie für jeden Bewohner vorgegeben und nachvollziehbar in der Pflegedokumentation festzuhalten war. Besonders plastisch wird dies an dem Nachtwachenplan vom 31. März 2000 (Anlage K 4 zum Schriftsatz des Beigeladenen vom 20. Juni 2005), der in der ersten Arbeitswoche des Beigeladenen zu 1 einzuhalten war. Detailliert ist hier für jeden Bewohner und jede Bewohnerin vorgegeben, ob er/sie ins Bett zu bringen war, ihm/ihr eine Nachtmedikation verabreicht werden musste, eine Inkontinenzversorgung bei Bedarf oder verpflichtend durchzuführen war, Kontrollgänge stattzufinden hatten, auf besondere Wünsche und Klingelzeichen Rücksicht zu nehmen war, eine Wechsellatratze benutzt und kontrolliert werden musste, besonderer Überwachungsbedarf bestand, und anderes mehr. Die mit der Anlage K 5 zu dem genannten Schriftsatz vorgelegte Aufstellung "Nachtwachen/Tagesdienst waschen" vom 9. Februar 2001 weist ebenfalls eine Reihe genau vorgegebener Verrichtungen aus, wie insbesondere Waschen, Anziehen und Inkontinenzversorgung für die jeweils namentlich genannten Bewohner. Aus der Anlage K 3 zu seinem Schriftsatz vom 20. Juni 2005 ergibt sich weiter, dass der Beigeladene zu 1, soweit er pflegerische Tätigkeiten zu verrichten hatte, die Pflegedokumentation für die betreffenden Bewohner zu führen und die dort vorgegebenen Verrichtungen mit seinem in der Handzeichenliste erkennbaren Handzeichen abzuzeichnen hatte. Wichtige Ereignisse hatte er ebenfalls zu notieren. Aus dem Dienstbesprechungsbuch (Anlage K 5 zu dem genannten Schriftsatz) ergibt sich ferner, dass er die Ergebnisse der Dienstbesprechungen ebenso wie die angestellten Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter der Klägerin mit Handzeichen zu Kenntnis genommen hat. Die Anlage K 6 zu dem genannten Schriftsatz belegt, dass auch Übergabeprotokolle zu führen waren. Eine derartig ausgeprägte Weisungsunterworfenheit unter die Vorgaben eines Auftraggebers besteht bei selbstständig Tätigen typischerweise nicht. An der damit hinreichend belegten Weisungsunterworfenheit des Beigeladenen zu 1 vermag es auch nichts zu ändern, dass während der Nachtwachen keine weisungsberechtigten Mitarbeiter der Klägerin vor Ort waren und dass der Beigeladene zu 1 in unvorhergesehenen Situationen auf sich selbst gestellt war. Denn auch abhängig beschäftigten Pflegekräften verbleibt in ihrer Tätigkeit typischerweise ein Entscheidungsspielraum, auf unvorhergesehene Situationen nach eigenem Ermessen zu reagieren. Für die Eingliederung des Beigeladenen zu 1 in den Betrieb der Klägerin spricht weiter, dass seine Arbeitsleistung, die er durchgehend persönlich erbracht hat, mit einem festen

Stundensatz vergütet wurde, er die ihm zur Verfügung gestellte Arbeitskleidung getragen und die im Betrieb vorhandenen Materialien und Pflegehilfsmittel benutzt hat. Eigene Betriebsmittel und eigenes Wagniskapital setzte der Beigeladene so gut wie nicht ein, abgesehen von den zur Rechnungserstellung und den zum Erreichen des Arbeitsorts nötigen Utensilien, die aber typischerweise auch in Haushalten nicht selbstständig Erwerbstätiger vorhanden sind. Er unterhielt auch keine eigene Betriebsstätte mit eigenen Mitarbeitern, auch wenn er diesen Anschein gegenüber der Klägerin erweckt haben dürfte. Schließlich schuldete er der Klägerin keinen Arbeitserfolg, sondern eine Arbeitsleistung, für deren Qualität er, wenn überhaupt, jedenfalls nicht weitergehend als ein Arbeitnehmer nach arbeitsrechtlichen Grundsätzen haftete. Insgesamt prägen diese Umstände das Bild eines abhängig Beschäftigten, der funktionsgerecht in einen von fremder Seite ausgestalteten und verantworteten Arbeitsprozess eingegliedert ist.

An dieser Bewertung vermögen die von der Klägerin vorgetragene und vom Sozialgericht ins Feld geführten Umstände nichts zu ändern. Soweit sie für das Vorliegen einer selbstständigen Tätigkeit sprechen, wiegen sie angesichts der dargelegten Eingliederung des Beigeladenen zu 1 in den Betrieb der Klägerin und seiner funktionsgerecht dienenden Teilhabe an dem von ihr gestalteten und verantworteten Arbeitsprozess nicht so schwer, dass sie das Gesamtbild einer abhängigen Beschäftigung in Frage stellen könnten.

Es dürfte allerdings zutreffen, dass der Beigeladene zu 1 sich vor Beginn seiner Tätigkeit der Klägerin gegenüber als selbstständig tätiger Fremddienstleister mit eigenem Pflegedienst und eigenen Mitarbeitern ausgegeben, und dass er mit der Klägerin auch mündlich vereinbart hat, dass er als freier Mitarbeiter tätig werden sollte. Hierfür spricht zunächst, dass er in ähnlicher Weise, wie es die Klägerin geschildert hat, sich schon im Altenheim am R. vorgestellt, auch dort für eine selbstständige Tätigkeit sprechende Unterlagen vorgelegt, in offensichtlicher Kenntnis seiner in Wahrheit bestehenden Arbeitnehmereigenschaft auf die Vertragsgestaltung eines freien Mitarbeiterverhältnisses gedrängt und Rechnungen auf einem Briefkopf gestellt hat, der den Anschein erwecken konnte, dass er Inhaber eines zur häuslichen Krankenpflege nach [§ 132 SGB V](#) zugelassenen, tatsächlich tätigen Pflegedienstes mit eigenen Mitarbeitern war. Hinzu kommt, dass die Zeugin M. im Verhandlungstermin vor dem Sozialgericht bekundet hat, dass die Klägerin ihr nach dem Vorstellungsgespräch mit dem Beigeladenen zu 1 berichtet habe, dass dieser als selbstständiger Mitarbeiter eingesetzt werden würde und dass der Beigeladene zu 1 immer von dem Pflegedienst gesprochen habe, den er betrieben hätte. Auch der vereinbarte Stundensatz von 43,- DM, der das für vergleichbare angestellte Mitarbeiter übliche Arbeitsentgelt von 25,- bis 27,- DM ganz erheblich überstieg, kann, wie das Sozialgericht zutreffend festgestellt hat, nicht als Nettolohn vereinbart worden sein. Hiergegen spricht schon, dass der Beigeladene zu 1 dies erst im Nachhinein behauptet, während des sich über insgesamt fast zwei Jahre erstreckenden Dienstverhältnisses aber offenbar keinerlei Anstalten gemacht hat, auf die Einhaltung der angeblichen Nettolohnabrede und die Abführung von Steuern und Sozialversicherungsbeiträgen zu dringen. Der Stundensatz von 43,- DM entspricht auch in der Höhe eher dem Verrechnungssatz eines selbstständig Tätigen als dem Stundenlohn eines angestellten Alten- oder Krankenpflegers; er mag allerdings auch den vereinbarten Arbeitskonditionen geschuldet gewesen sein. Jedenfalls spricht in Anbetracht der Vorgeschichte und unter Berücksichtigung des deshalb glaubhaften Vorbringens der Klägerin zum Zustandekommen der Rechtsbeziehung vieles dafür, dass der Beigeladene zu 1 die Klägerin, wie schon früher den Leiter des Altenheims am R., bewusst über das Bestehen eines eigenen Betriebes und seine Eigenschaft als selbstständiger Fremddienstleister in der Absicht getäuscht hat, einerseits einen besonders hohen, für einen vergleichbar qualifizierten Arbeitnehmer nicht zu erzielenden Stundenlohn zu erhalten und andererseits erst durch eine nach Beendigung seiner Tätigkeit gestellte Anzeige dafür zu sorgen, dass auf das erhaltene Entgelt nachträglich Sozialversicherungsbeiträge gezahlt werden mussten, was ihn trotz der vorgegebenen Selbstständigkeit zusätzlich absichern und ihm insofern einen weiteren Profit bescheren würde. Soweit die Klägerin hierdurch einen Vermögensschaden erlitten hat oder erleiden sollte, könnte dies zu einem Anspruch gegen den Beigeladenen zu 1 auf Ersatz des ihr zugefügten Schadens führen. Für die sozialversicherungsrechtliche Beurteilung ist dieser Umstand indessen ohne Bedeutung, denn die von den Beteiligten praktizierte Rechtsbeziehung wich von der formell getroffenen Vereinbarung wesentlich ab.

Dass der Beigeladene zu 1 die Nebentätigkeiten, die beschäftigte Mitarbeiter der Klägerin mit zu erledigen hatten (Aufräumen, Müll wegbringen), nicht durchgeführt hat, vermag die Bewertung des Gerichts ebenfalls nicht in Frage zu stellen. Schon der eigene Vortrag der Klägerin, der Beigeladene zu 1 habe sich mehrfach Weisungen ausdrücklich verboten, etwa diejenige, Aufräumarbeiten zu verrichten, spricht eher für ein eigenmächtiges, von der Klägerin lediglich hingenommenes Verhalten, wie es auch bei abhängig Beschäftigten vorkommt, und deshalb nicht unbedingt für das Vorliegen einer selbstständigen Tätigkeit. Im Übrigen müsste dieser Umstand gegenüber den für eine abhängige Beschäftigung sprechenden Tatsachen in seiner Bedeutung zurücktreten. Gleiches gilt für die fehlende Teilnahme an den regelmäßigen Dienstbesprechungen. Dass der Beigeladene zu 1 an ihnen nicht teilnahm, entband ihn nicht von der in dem Dienstbesprechungsbuch unter der Überschrift "Allgemeine Infos" niedergelegten Pflicht, "sich das Protokoll durchzulesen und (mit seinem Handzeichen) zu unterschreiben" und die Ordnungshinweise zu beachten. Entsprechend befindet sich sein Handzeichen zu mehreren Protokollen unter denen der anderen Mitarbeiter. Dass die Protokolle von den bei Besprechungen nicht anwesenden Mitarbeitern nachträglich abzuzeichnen waren, hat auch die Zeugin M. im Verhandlungstermin vor dem Sozialgericht am 12. September 2008 bekundet. Dies deutet zugleich darauf hin, dass auch von den Mitarbeitern der Klägerin nicht oder nicht immer die Teilnahme an den Dienstbesprechungen erwartet wurde. Näherer Feststellungen hierzu bedarf es indessen nicht, weil die fehlende Teilnahme des Beigeladenen zu 1 zwar ein Indiz für eine selbstständige Tätigkeit darstellen mag, dieses aber die Umstände, die die wertende Zuordnung zum Gesamtbild einer abhängigen Beschäftigung fordern, bei Weitem nicht aufwiegen kann.

An der Eingliederung in die vorgegebenen Arbeitsabläufe ändert es auch nichts, dass die Klägerin nur tatsächlich geleistete Arbeit zu vergüten hatte, und dass von dem Beigeladenen zu 1 keine ständige Dienstbereitschaft erwartet, sondern dieser frei war, die Übernahme von Aufträgen und deren Umfang nach seinen eigenen Bedürfnissen auszurichten und von dieser Möglichkeit auch Gebrauch gemacht hat. Denn mit jeder Annahme eines Auftrags endete die Entscheidungsfreiheit beider Beteiligten, und für die Beurteilung, ob der Beigeladene zu 1 in eine von fremder Seite vorgegebene Arbeitsorganisation eingegliedert war, muss auf die Verhältnisse abgestellt werden, die nach Annahme des jeweiligen "Einsatzauftrags" im Hinblick (allein) hierauf bestanden (vgl. nur BSG, Urteil vom 28. September 2011 - [B 12 R 17/09](#), a.a.O.). Deshalb ist es auch ohne Belang, ob der Beigeladene zu 1 außer seiner Tätigkeit für die Klägerin noch für andere Auftraggeber tätig war, wie es die Klägerin ohne nähere Angaben behauptet hat, oder ob er, was nach seinen Angaben möglich erscheint, im Nebenberuf noch eine andere selbstständige Tätigkeit, insbesondere als Elbfischer, ausgeübt hat (Bundesarbeitsgericht (BAG), Urteil vom 9. Oktober 2002 - [5 AZR 405/01](#), AP Nr. 114 zu § 611 BGB Abhängigkeit; LSG Baden-Württemberg, Urteil vom 14. Februar 2012 - [L 11 KR 3007/11](#), [NZS 2012, S. 667](#)).

Eine abweichende Beurteilung ergibt sich auch nicht daraus, dass dem Beigeladenen zu 1 für einen Beschäftigten untypische Belastungen und Risiken auferlegt wurden (keine Lohnzahlung bei Arbeitsausfall, keine Lohnfortzahlung im Krankheitsfall, kein Urlaubsanspruch, keine

soziale Absicherung). Die Zuweisung von Risiken an den Arbeitenden spricht nur dann für Selbstständigkeit, wenn damit auch tatsächlich größere Freiheiten und größere Verdienstmöglichkeiten verbunden sind, die nicht bereits in der Sache angelegt sind (vgl. BSG Urteil vom 12. Dezember 1990 - [11 RAr 73/90](#), Breithaupt 1992, 71 und juris, mwN). Auch dies ist vorliegend nicht ersichtlich. Die Chance, länger oder mehr zu arbeiten, um so ein höheres Entgelt zu erzielen, haben auch viele Beschäftigte. Eine unternehmerische Gestaltungsfreiheit oder das für einen Unternehmer typische Risiko, mit dem Einsatz finanzieller Mittel ungewissen Gewinn zu erzielen, war mit den vom Beigeladenen zu 1 übernommenen Risiken schon deshalb nicht verbunden, weil der Zeitaufwand für die Nachtwachen, den der Beigeladene zu 1 unwidersprochen mit durchschnittlich etwa 30 Wochenstunden angegeben hat, entsprechende Ruhezeiten am Tage erforderlich machte und ihm schon deshalb keine größeren anderweitigen Möglichkeiten anderweitiger Einkommenserzielung ließ. Die Risikozuweisung stellt sich nach allem als Zweck einer vermeintlichen Selbstständigkeit dar, welche wegen der aktuell höheren Einkünfte vor allem im Interesse des Beigeladenen zu 1 stand, und ist daher nicht geeignet, als mit ausschlaggebendes Indiz Berücksichtigung zu finden.

Untypisch für abhängig Beschäftigte und typisch für Selbstständige ist zwar das Stellen von Rechnungen, für die der Beigeladene jedenfalls zeitweise auch eigene Vordrucke verwendet hat, die auf die Existenz eines eigenen Betriebes hindeuten konnten. Auch dieser Umstand tritt indessen bei einer Gesamtabwägung hinter die für eine abhängige Beschäftigung sprechenden Tatsachen zurück.

Unerheblich für die Gesamtbewertung ist, ob die Einkünfte des Beigeladenen zu 1 von den zuständigen Finanzämtern als Einkünfte aus selbstständiger Tätigkeit oder Einkommen aus nichtselbstständiger Arbeit behandelt wurden oder zu behandeln waren. Denn es besteht zwischen arbeits- und sozialrechtlicher Einordnung von Einkünften einerseits und steuerrechtlicher andererseits ebenso wenig eine Bindung wie umgekehrt (ständige Rechtsprechung, vgl. nur BSG, Urteil vom 28.08.1961 - [3 RK 57/57](#), [BSGE 15, 65](#), und juris; Seewald in: Kasseler Kommentar zum Sozialversicherungsrecht, 74. Ergänzungslieferung 2012, Rn. 9 mwN; BFH, Beschluss vom 17.10.2003 - [V B 80/03](#), [BFH/NV 2004, 379](#), und juris, mwN).

Die Kostenentscheidung beruht auf [§ 197a Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Satz 2 SGG](#) in Verbindung mit [§§ 154 Abs. 1](#) und 3 der Verwaltungsgerichtsordnung.

Gründe für eine Zulassung der Revision nach [§ 160 Abs. 2 SGG](#) liegen nicht vor.

Rechtskraft

Aus

Login

HAM

Saved

2013-01-18