

L 5 KR 72/17

Land
Schleswig-Holstein
Sozialgericht
Schleswig-Holsteinisches LSG
Sachgebiet
Krankenversicherung
Abteilung
5
1. Instanz
SG Lübeck (SHS)
Aktenzeichen
S 3 KR 275/14
Datum
24.11.2016
2. Instanz
Schleswig-Holsteinisches LSG
Aktenzeichen
L 5 KR 72/17
Datum
26.08.2020
3. Instanz
Bundessozialgericht
Aktenzeichen

-
Datum

-
Kategorie

Urteil

Leitsätze

1. Ambulante Pflegedienste unterliegen engmaschigen regulatorischen Vorgaben, die aus dem gesetzlichen Versorgungsauftrag ([§ 69 SGB XI](#)), den Anforderungen für die Anerkennung als zur Wahrnehmung der Pflegeverantwortung im Sinne des [§ 71 Abs. 1 SGB XI](#) befugten verantwortlichen Pflegefachkraft ([§ 71 Abs. 3 SGB XI](#)), den Voraussetzungen für den Abschluss eines Versorgungsvertrages ([§ 72 Abs. 3 SGB XI](#)) und den Maßstäben und Grundsätzen zur Sicherung und Weiterentwicklung der Pflegequalität ([§ 113 f. SGB XI](#)) resultieren.

2. Aus diesen regulatorischen Vorgaben folgt in der Regel die Eingliederung von Honorar-Pflegefachkräften in die Organisations- und Weisungsstruktur auch von ambulanten Pflegediensten (vgl. zu stationären Pflegeeinrichtungen BSG, Urteil vom 7. Juni 2019, [B 12 R 6/18 R](#)).

3. Für die daher im Sozialversicherungsrecht nur ausnahmsweise in Betracht kommende selbständige Tätigkeit einer von ambulanten Pflegediensten beauftragten Honorarpflegekraft muss daher eine Mehrzahl gravierender Indizien gegeben sein, die geeignet sind, die regulatorischen Vorgaben im Rahmen der statusrechtlichen Abwägungsentscheidung zu überwiegen. Auf die Berufung der Beklagten wird das Urteil des Sozialgerichts Lübeck vom 24. November 2016 aufgehoben und die Klage abgewiesen. Außergerichtliche Kosten sind für beide Rechtszüge nicht zu erstatten. Die Revision wird zugelassen.

Tatbestand:

Die Klägerin wendet sich gegen die durch die Beklagte erfolgte Feststellung der Sozialversicherungspflicht aufgrund ihrer, der Klägerin, Tätigkeit als Pflegekraft für die Beigeladene zu 1), die einen ambulanten Pflegedienst betreibt.

Die 1963 geborene Klägerin ist gelernte Altenpflegerin, die Anerkennung durch die Behörde für Schule und Berufsbildung der Freien und Hansestadt Hamburg erfolgte am 29. Januar 1987. Am 2. Juli 2009 erfolgte durch die dortige zuständige Behörde die staatliche Anerkennung als Leitende Pflegefachkraft. Nachdem die Klägerin in den Jahren 1987 bis 2012 in verschiedenen Alten- und Pflegeheimen – nur unterbrochen durch eine Elternzeit – beschäftigt war, übte sie ihre Tätigkeit als Pflegerin seit dem 1. März 2012 für verschiedene Auftraggeber auf Honorarbasis aus. Dazu trat sie unter der Firma "B. – B" mittels Visitenkarten und Flyern werbend am Markt auf, schloss mit Auftraggebern, bei denen es sich sowohl um ambulante, als auch um stationäre Pflegeeinrichtungen handelte, Verträge über bestimmte Pflegeeinsätze ab und stellte den Auftraggebern ihre Leistungen nach gestaffelten Stundensätzen (26,50 EUR für werktägliche Einsätze, 27,50 EUR an Samstagen und Sonntagen und 28,50 EUR an Feiertagen) monatsweise in Rechnung.

Zum 1. März 2012 schloss die Klägerin für sich eine private Kranken- und eine private Rentenversicherung ab, zudem eine Berufshaftpflichtversicherung (zuvor war die Klägerin als Mitglied der Beigeladenen zu 2) gesetzlich krankenversichert). Sie entrichtete ab März 2012 auch Beiträge an die zuständige Berufsgenossenschaft. Ihre als freie Honorarkraft erzielten Einkünfte versteuerte sie als Einkommen aus selbständiger Tätigkeit. Sie besorgte sich auf eigene Rechnung Dienstkleidung, Handschuhe und Schutzkleidung, ferner auch das benötigte Desinfektionsmittel sowie Blutdruck- und Blutzuckermessgeräte sowie ein Stethoskop. Zu ihren Arbeitseinsätzen fuhr die Klägerin mit ihrem privaten PKW. Seit dem 5. Mai 2012 war sie auf diese Weise auch für die Beigeladene zu 1) tätig, die unter der Firma "A Ambulante Pflege" einen – durch Versorgungsvertrag im Sinne des [§ 72 Sozialgesetzbuch Elftes Buch \(SGB XI\)](#) zugelassenen – ambulanten Pflegedienst betreibt. Der zeitliche Umfang ihrer insoweit erbrachten ambulanten Pflegedienstleistungen richtete sich nach dem jeweiligen Arbeitsbedarf der Beigeladenen zu 1) und variierte dementsprechend. So war die Klägerin im Dezember 2012 beispielsweise ausschließlich an den Tagen 24. – 26. Dezember in einem Gesamtumfang von 745 Minuten tätig und stellte der Beigeladenen zu 1) dafür 346,21 EUR in Rechnung, während sie im Oktober 2012 an 14 Tagen für die Beigeladene zu 1) im Einsatz war und dafür insgesamt 3.900 Minuten zu einem

Preis von 1.737,00 EUR abrechnete. Die Klägerin wurde nicht nur von der Beigeladenen zu 1) beauftragt, sondern daneben noch von der H Dienstleistungs-GmbH und dem Unternehmen Mobile Alten- und Krankenpflege B (Inhaberin A. B.), jeweils mit Sitz in Bad O., sowie von dem ein Pflegeheim betreibenden eingetragenen Verein W.-Gemeinschaft R ... Nach eigenen Angaben war die Klägerin seit März 2012 auch noch für zwei weitere Auftraggeber im Pflegebereich tätig, die jedoch nicht namentlich benannt wurden.

Am 9. Januar 2013 beantragte die Klägerin bei der Beklagten die Feststellung ihres sozialversicherungsrechtlichen Status, wobei sie ausdrücklich die Feststellung des Nichtvorliegens einer Beschäftigung bei der Beigeladenen zu 1) begehrte. Einen gleichlautenden Antrag stellte im Antragsverfahren auch die Beigeladene zu 1). Im Rahmen der Tätigkeitsbeschreibung gab die Klägerin an, dass sie ihre Altenpflegerischen Leistungen vor Ort bei den Pflegebedürftigen erbringe, wenn sie - wie bei ihrer Tätigkeit für die Beigeladene zu 1) - für einen ambulanten Pflegedienst tätig sei, anderenfalls aber auch in der stationären Einrichtung eines Auftraggebers. Sie erbringe überwiegend Leistungen der Grundpflege, aber auch behandlungspflegerische Leistungen. Sie biete potentiellen Auftraggebern werbend an, in einem täglichen Zeitfenster zwischen 6.00 Uhr und 20.00 Uhr tätig zu werden und erbringe im Falle des Vertragsschlusses ihre Leistungen zu den vereinbarten Zeiten. Die Klägerin gab auch an, dass Vertragsschlüsse mit Pflegediensten nicht in schriftlicher Form, sondern lediglich mündlich erfolgten. Gleichwohl legte sie ihrem Statusfeststellungsantrag formularmäßige "Auftragsbestätigungen" über die jeweils zu erbringenden Tätigkeiten und auch von der Klägerin für ihr Unternehmen erstellte Allgemeine Geschäftsbedingungen bei, auf die in dem schriftlichen Auftragsbestätigungsformular verwiesen wurde. Die Erbringung ihrer Pflegetätigkeiten erfolge höchstpersönlich und vollständig frei von Weisungen des Auftraggebers im Hinblick auf die Art und Weise der Durchführung der Pflegetätigkeit. Sie beachte lediglich die nach der jeweiligen gesundheitlichen Situation des Pflegebedürftigen bestehenden "medizinischen und pflegerischen Vorgaben", so wie sie sich aus der jeweiligen Pflegedokumentation bzw. den ärztlichen Verordnungen ergäben. Das "fachliche Letztentscheidungsrecht" über die zu erbringenden Leistungen stehe grundsätzlich dem behandelnden Arzt zu, bei Leistungen der sozialen Pflegeversicherung der pflegebedürftigen Person. Eine fachliche Kontrolle ihrer Arbeitsleistung finde nicht statt, sie dokumentiere ihre Pflegehandlungen jedoch in der Pflegeakte und informiere bei Bedarf den Auftraggeber über Besonderheiten bezüglich der Pflegesituation des Kunden. Sie trage keine Dienstkleidung des jeweiligen Arbeitgebers, sondern ihre selbst beschaffte Arbeitskleidung, nehme an keinen Dienstbesprechungen des Auftraggebers teil und sei auch ansonsten in dessen Betrieb nicht eingegliedert. Gegenüber den Pflegebedürftigen stelle sie sich als freiberufliche Pflegefachkraft vor, die im Auftrag des Pflegedienstes tätig werde. Sie trage das Risiko, dass der Auftraggeber ihre Rechnung nicht zahle, setze mit ihrem für betriebliche Zwecke angeschafften PKW eigene Mittel ein und hafte selbst für Schäden, die sie in Ausübung ihrer Tätigkeit etwa verursache, weshalb sie die Berufshaftpflichtversicherung abgeschlossen habe.

Die Beigeladene zu 1) machte im Verwaltungsverfahren im wesentlichen gleichlautende Angaben. Ergänzend brachte sie vor, dass sie die Klägerin nur dann - telefonisch - als Aushilfskraft beauftrage, wenn ein fest angestellter eigener Pflegedienstmitarbeiter ausfalle. Sie stelle der Klägerin keine Arbeitsmittel zu Verfügung, diese würden sämtlich von der Klägerin selbst vorgehalten. Art und Umfang der von der Klägerin erbrachten Tätigkeit richteten sich nach dem individuellen Pflegebedarf des Kunden unter Beachtung der "üblichen Pflegestandards". Fachliche Weisungen erteile sie der Klägerin nicht, deren Arbeitsergebnisse würden lediglich stichprobenartig im Wege der vorgeschriebenen Pflegevisiten kontrolliert. Im Falle ihrer Verhinderung unterrichte die Klägerin die Pflegedienstleitung der Beigeladenen zu 1), die sich dann um eine andere Aushilfskraft bemühe. Eine eigene Ersatzkraft stelle die Klägerin in so einem Fall nicht.

Mit gleichlautenden Schreiben vom 10. Juni 2013 hörte die Beklagte die Klägerin und die Beigeladene zu 1) dazu an, dass beabsichtigt sei, einen Bescheid über das Vorliegen einer abhängigen Beschäftigung der Klägerin bei der Beigeladenen zu 1) und über die daraus resultierende Sozialversicherungspflicht der Klägerin zu erlassen. Denn nach Gesamtwürdigung aller zur Beurteilung der Tätigkeit relevanten Tatsachen würden die für ein Beschäftigungsverhältnis sprechenden Merkmale überwiegen.

Mit anwaltlichem Schreiben vom 18. Juni 2013 nahm die Klägerin, die bereits seit Anfang des Jahres 2013 keine Aufträge mehr von der Beigeladenen zu 1) erhielt, - konkret war die Klägerin zuletzt am 19. Januar 2013 im Auftrag der Klägerin im Einsatz - dazu Stellung und führte insbesondere aus, dass sie selbstständig tätig sei. Weder unterliege sie fachlichen Weisungen der Beigeladenen zu 1) oder Direktiven zu Inhalt und Dauer der von ihr erbrachten Tätigkeiten. Sie sei auch nicht in die Arbeitsorganisation ihrer - insgesamt sechs verschiedenen - Auftraggeber eingebunden. Seitens der Beigeladenen zu 1) werde lediglich vorgegeben, welche Patienten in dem vereinbarten Zeitfenster aufzusuchen seien. Die Reihenfolge der jeweiligen Pflegeeinsätze, das Ausführen von Pflegeeinsätzen für einen anderen Auftraggeber innerhalb des Zeitfensters und auch die für einen Pflegeeinsatz bei einer bestimmten pflegebedürftigen Person konkret aufzuwendende Zeit ständen allein in ihrem Belieben. Dass sie Urlaubsvertretungen für fest angestellte Pflegedienstmitarbeiter der Auftraggeber übernehme, stelle gerade ein wesentliches Merkmal ihres Unternehmenszwecks dar. Sie biete ihre Arbeit den Pflegediensten für Zeiten eines ungeplanten und ungedeckten Personalbedarfs an, weshalb dieser Umstand nicht für das Vorliegen eines Beschäftigungsverhältnisses sprechen könne. Sie, die Klägerin, trage ein erhebliches unternehmerisches Risiko, indem sie sämtliche Betriebsmittel einschließlich eines PKW selbst angeschafft habe und nun vorhalte, sich durch eine Vielzahl von Versicherungsverträgen auf eigene Kosten absichere, zugleich aber durch eigene Werbemaßnahmen sicherstellen müsse, dass sie ausreichend Aufträge erhalte, um zumindest ihre Betriebskosten zu decken. Dies sei seit der Intervention der Beklagten nicht mehr der Fall, da die bisherigen Auftraggeber von einer weiteren Beauftragung ihres Unternehmens absehen würden, bis geklärt sei, dass sie selbstständig pflegerisch tätig sei.

Mit Schreiben vom 25. Juni 2013 äußerte sich auch die Beigeladene zu 1) und führte unter anderem aus, dass die Klägerin auch deshalb ein unternehmerisches Risiko trage, weil im Falle ihrer Verhinderung - nach vorheriger Vereinbarung eines Auftrags - auf ihre, der Klägerin, Kosten eine Ersatzkraft durch die Beigeladene zu 1) beauftragt werde. Sie - die Beigeladene zu 1) - sei daher der Ansicht, dass die Klägerin freiberuflich tätig sei. Ihre Pflegetätigkeit unterscheide sich gerade im Hinblick auf die - nicht vorhandene - Weisungsgebundenheit deutlich von den Arbeitsverhältnissen der bei ihr, der Beigeladenen zu 1), tätigen fest angestellten Pflegekräften. Die Klägerin sei auch frei, zu entscheiden, ob sie überhaupt bestimmte Aufträge annehmen wolle oder - aus unternehmerischen Gesichtspunkten heraus - nicht. So habe die Klägerin beispielsweise die ihr angeordnete Patientenbetreuung am 24., 25. und 26. Dezember 2012 jeweils für die Nachmittage abgelehnt und nur für die Vormittage angenommen. Für den 31. Dezember 2012 habe die Klägerin die ihr angebotenen Aufträge in Gänze abgelehnt.

Mit Bescheid vom 6. August 2013 stellte die Beklagte gegenüber der Klägerin fest, dass sie ihre Tätigkeit im Auftrag des ambulanten Pflegedienstes für die Beigeladene zu 1) im Rahmen eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses ausübe und daher seit dem 1. März 2012 in der gesetzlichen Kranken-, Pflege- und Rentenversicherung sowie nach dem Recht der Arbeitsförderung versicherungspflichtig sei. Nach Gesamtwürdigung aller zur Beurteilung der Tätigkeit relevanten Tatsachen überwiegen die für eine Beschäftigung sprechenden

Merkmale. Insbesondere bestehe eine enge Eingliederung in die Arbeitsorganisation der Beigeladenen zu 1), der gegenüber den pflegebedürftigen Personen die Sicherstellung der Pflege obliege. Die Grundlage für die nach dem SGB XI zu erbringenden pflegerischen Leistungen finde sich in den zwischen den pflegebedürftigen Kunden der Beigeladenen zu 1) und dieser geschlossenen Betreuungsverträgen, so dass nicht die Rede davon sein könne, dass die Klägerin ihre Pflege Tätigkeit im Wesentlichen frei gestalten könne. Ihr sei zudem auch der Arbeitsort und die Arbeitszeit im Wege der konkreten Beauftragung durch die Beigeladene zu 1) vorgegeben. Die Tätigkeit der Klägerin unterscheide sich letztlich nicht von der Tätigkeit, die auch das bei der Beigeladenen zu 1) fest angestellte Pflegepersonal zu erbringen habe. Zwar stehe es der Klägerin frei, einzelne Aufträge der Beigeladenen zu 1) abzulehnen; dies sei aber rechtlich unerheblich. Entscheidend sei insoweit allein, dass die Klägerin dann, wenn sie einen Auftrag angenommen habe, bei dessen Ausführung hinsichtlich Zeit, Dauer, Ort und Art der Tätigkeitserbringung dem Direktionsrecht der Beigeladenen zu 1) unterliege. Da die Klägerin von der Beigeladenen zu 1) nach festen Stundensätzen und mithin erfolgsunabhängig vergütet werde, setze jene ihre Arbeitskraft auch nicht mit ungewissem Erfolg ein und trage deshalb kein unternehmerisches Risiko, wie es für Selbständige typisch sei.

Am 2. September 2013 erhob die Klägerin Widerspruch und begründete diesen damit, dass sie ihre Tätigkeit für die Beigeladene zu 1) entgegen der fehlerhaften rechtlichen Bewertung durch die Beklagte als Selbständige erbringe. Zwar richte sich der Arbeitsort aus der Natur der Sache heraus nach dem Wohnort der ambulant zu pflegenden Kunden der Beigeladenen zu 1), hinsichtlich der konkreten Zeit und der konkreten Dauer der von ihr, der Klägerin, zu erbringenden Pflegeleistungen bestünden aber ebensowenig Weisungen von Seiten der Beigeladenen zu 1), wie im Hinblick auf den konkreten Inhalt der zu erbringenden Pflegeleistungen – dieser ergebe sich aus einer vor Ort von ihr, der Klägerin, vorgenommenen Beurteilung des jeweiligen Pflegezustandes des Kunden. Lediglich hinsichtlich der Medikation habe sie sich nach den Verordnungen des behandelnden Arztes zu richten. Zudem trage sie auch ein typisches unternehmerisches Risiko, was daran ersichtlich sei, dass sie sich sämtliche erforderlichen Arbeitsmittel selbst anschaffen müsse und diese nicht – auch nicht teilweise – von der Beigeladenen zu 1) gestellt würden. Anders als die Beklagte behauptete, sei sie, die Klägerin, auch nicht in die Arbeitsorganisation der Beigeladenen zu 1) eingebunden. Weder nehme sie an dortigen Dienstbesprechungen teil, noch an irgendwelchen anderen hausinternen Veranstaltungen der Beigeladenen zu 1). Von dort kontaktiere man sie lediglich bei anderweitig nicht kompensierbaren Krankheitsfällen. Unzutreffend sei auch die Annahme der Beklagten, sie, die Klägerin, sei stets in die Erfüllung vertraglicher Verpflichtungen der Beigeladenen zu 1) gegenüber deren pflegebedürftigen Kunden eingebunden. Denn in einem Umfang von circa 85 % erbringe sie gegenüber den Kunden Leistungen der Behandlungspflege nach dem Fünften Buch Sozialgesetzbuch (SGB V), denen keine vertraglichen Abreden zugrundelägen, und lediglich im verbleibenden Umfang von 15 % würden vertragliche Leistungen der sozialen Pflegeversicherung erbracht (dies hatte so auch die Beigeladene zu 1) in ihrem im Anhörungsverfahren übersandten Schreiben vom 25. Juni 2013 erklärt). Unberücksichtigt geblieben seien im Rahmen der von der Beklagten vorgenommenen statusrechtlichen Beurteilung zudem die folgenden, eindeutig für das Bestehen einer selbständigen Tätigkeit sprechenden Umstände: Sie, die Klägerin, sei im Falle ihrer eigenen Verhinderung nach Übernahme eines Auftrags gegenüber der Beigeladenen zu 1) verpflichtet, die Kosten für eine von dort organisierte – andere – Ersatzkraft zu zahlen. Dies unterstreiche besonders ihr unternehmerisches Risiko und lasse sich mit einer Stellung als beschäftigte Arbeitnehmerin nicht vereinbaren. Zudem werde sie nicht nur für die Beigeladene zu 1) tätig, sondern auch für in Konkurrenz mit dieser stehende andere Pflegedienste. Auch dies sei mit der von der Beklagten angenommenen Dienstleistung im Rahmen eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses unvereinbar.

Die Beklagte wies den Widerspruch mit Bescheid vom 9. Mai 2014 als unbegründet zurück. Die Klägerin sei im Rahmen der zu beurteilenden unständigen Auftragsverhältnisse mit der Beigeladenen zu 1) im Rechtssinne von dieser persönlich abhängig, da sie in der Ausübung ihrer Tätigkeit weit weniger frei sei als eine selbständig tätige Unternehmerin. Eine freie Gestaltung der Tätigkeit sei der Klägerin nicht möglich, weil sich Arbeitszeit, -ort und -inhalt nach dem Arbeitsbedarf der Beigeladenen zu 1) und dem Pflegebedarf der Patienten richte. Es sei davon auszugehen, dass die Beigeladene zu 1) das ihr gegenüber der Klägerin zustehende Direktionsrecht im Rahmen der Tätigkeitserbringung der Klägerin auf ihre, der Beigeladenen zu 1), Kunden bzw. Patienten oder auch auf die diese behandelnden Ärzte übertragen habe. Daher sei es rechtlich unerheblich, dass die Beigeladene zu 1) der Klägerin tatsächlich keine spezifischen Weisungen im Hinblick auf die in Auftrag gegebenen Pflegeleistungen erteile und dass die Klägerin diese Leistungen aufgrund ihrer beruflichen Erfahrungen eigenständig erbringe. Die Eingliederung der Klägerin in den Betriebsablauf der Beigeladenen zu 1) zeige sich auch daran, dass diese die Klägerin nur bei Ausfällen fest angestellter Pflegekräfte beauftrage und daher in unmittelbarer Abhängigkeit von den betrieblichen Gegebenheiten bei der Beigeladenen zu 1). Zudem verbleibe die rechtliche Verantwortung für die Sicherstellung der Pflegemaßnahmen gegenüber den Kunden trotz Beauftragung der Klägerin bei der Beigeladenen zu 1). Im Ergebnis sei die Klägerin daher als Pflegekraft funktionsgerecht in die fremd geplante Arbeitsorganisation der Beigeladenen zu 1) eingegliedert.

Am 12. Juni 2014 hat die Klägerin vor dem Sozialgericht Lübeck Klage gegen den Feststellungsbescheid vom 6. August 2013 in Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 9. Mai 2014 erhoben. Die Klage hat sich ursprünglich zusätzlich noch gegen zwei weitere feststellende Bescheide der Beklagten vom 6. August 2013 und die diesbezüglichen Widerspruchsbescheide vom 9. Mai 2014 gerichtet, mit denen die Beklagte gegenüber der Klägerin nahezu wortgleich das Bestehen von Versicherungspflicht hinsichtlich der Altenpflegerischen Tätigkeit der Klägerin im Auftrag der H Dienstleistungs-GmbH und des ambulanten Pflegedienstes der A. B. betreffend den Zeitraum seit dem 1. März 2012 festgestellte hatte. Die Klagen gegen diese, die vorgenannten weiteren Auftragsverhältnisse der Klägerin betreffenden, Bescheide hat das Sozialgericht mit Beschluss vom 9. März 2015 abgetrennt.

Zur Begründung ihrer Klage hat die Klägerin vorgebracht, dass die Statusentscheidung der Beklagten im Ergebnis der gesetzgeberischen Wertung zuwiderlaufe, nach der Pflegepersonen ihre Arbeitsleistung grundsätzlich auch in selbständiger Tätigkeit erbringen könnten, wie es von [§ 2 Abs. 1 Nr. 2](#) Sozialgesetzbuch Sechstes Buch (SGB VI) ausdrücklich vorausgesetzt werde. Nach der Gesetzesbegründung sollten selbst "grundsätzlich weisungsabhängige, arbeitnehmerähnliche" Pflegedienstleistungen in selbständiger Tätigkeit erbracht werden können. Zum einen habe die Beklagte diese gesetzgeberische Vorgabe bei ihrer angefochtenen Entscheidung außer Acht gelassen, zum anderen folge aus der gesetzlichen Wertung, dass das von der Beklagten herangezogene Argument, dass die von der Klägerin erbrachte Tätigkeit für die Beigeladene zu 1) ihrem Inhalt nach identisch sei mit den von dort fest angestellten Pflegekräften verrichteten Leistungen, unbeachtlich bzw. untauglich sei, um eine Zuordnung der klägerischen Tätigkeit zur abhängigen Beschäftigung oder aber zur selbständigen Tätigkeit vornehmen zu können. Zudem habe die Beklagte nicht berücksichtigt, dass vorliegend beide Vertragsparteien – sie selbst wie auch die Beigeladene zu 1) – übereinstimmend davon ausgegangen seien (und dies auch genau so gewollt hätten), dass sie, die Klägerin, freiberuflich tätig werden sollte. Dabei habe sie den entscheidenden Einfluss auf diese Vertragsgestaltung ausgeübt, weil sie die – von ihr zuvor jahrelang ausgeübte – Tätigkeit als fest angestellte Pflegekraft in einem Pflegeheim im Schichtdienst aufgrund der damit verbundenen hohen Anforderungen an das physische und psychische Durchhaltevermögen nicht länger habe fortsetzen wollen und können; zudem habe sie als freiberufliche Pflegefachkraft einen wesentlich höheren Stundenlohn erzielen können. Konkret stehe der von ihr erzielte Stundenlohn

von 26,50 EUR bis 28,50 EUR einem Stundenlohn von 11,00 EUR brutto gegenüber, den die Beigeladene zu 1) ihren angestellten Pflegekräften für die gleichen Tätigkeiten gezahlt habe, die sie, die Klägerin, auftragsgemäß übernommen habe. Die Höhe des von ihr seit dem 1. März 2012 erzielten Stundenlohns mache zudem deutlich, dass eine persönliche Abhängigkeit von der Beigeladenen zu 1) nicht bestanden habe. Auch die für sie im Rahmen ihrer freiberuflichen Pfl egetätigkeit bestehenden unternehmerischen Chancen würden durch die vergleichsweise hohe Stundenvergütung, die sie der Beigeladenen zu 1) im Rahmen von Auftragsverhandlungen vorgegeben habe, unterstrichen. Auch die Arbeitszeiten seien insofern von ihr – und nicht von der Beigeladenen zu 1) – vorgegeben worden, als jene dieser die freien Arbeitszeitkapazitäten im Hinblick auf bestimmte Tage im Monat und im Hinblick auf die an den jeweiligen Tagen jeweils "freien" Stundenkontingente vor Vertragsschluss mitgeteilt habe; erst im Rahmen dieser Vorgaben sei es ggf. zur Auftragserteilung gekommen. Die Auffassung der Beklagten, dass die Beigeladene zu 1) ihr gegenüber bei Erbringung der geschuldeten Tätigkeit ein Direktionsrecht durch die Personen der Kunden oder auch die Person des behandelnden Arztes ausgeübt habe, das auf diese Personen delegiert worden sei, sei fernliegend. Dass sie im Rahmen ihrer ambulanten Pfl egetätigkeit Pflegestandards, Pflegepläne und ärztliche Verordnungen beachtet habe, sei allein medizinisch-therapeutischen Notwendigkeiten geschuldet, nicht aber Ausdruck einer Weisungsunterworfenheit. Dass sie insoweit auch von betrieblichen Umständen abhängig gewesen sei, die in der Arbeitsorganisation der Beigeladenen zu 1) wurzelten, als sie lediglich dann beauftragt wurde, wenn die Beigeladene zu 1) die Versorgung der Kunden des ambulanten Pflegedienstes nicht durch eigene Beschäftigte habe gewährleisten können, führe – entgegen der Annahme der Beklagten – nicht zu einer abhängigen Beschäftigung. Denn es sei Gang und Gäbe, dass selbständig Erwerb stätige in ihrer Tätigkeitsausübung bezüglich Zeit, Dauer und Ort von Vorgaben des Auftraggebers abhängig seien. Besonders deutlich werde das beispielsweise bei einem selbständigen Maurermeister, von dem auch niemand annehme, dass er bei Erbringung seines Gewerks im Rahmen der Errichtung eines Bauwerks in einem abhängigen Beschäftigungsverhältnis zum Bauherrn stehe.

Im Übrigen hat die Klägerin ihren bereits im Verwaltungs- und Widerspruchsverfahren getätigten Vortrag wiederholt und vertieft, wobei sie insbesondere hervorgehoben hat, dass sie den von ihr zu pflegenden Kunden der Beigeladenen zu 1) zu keinem Zeitpunkt als deren Mitarbeiterin (sondern stets ausdrücklich als freiberufliche Pflegefachkraft) entgegengetreten sei und auch farblich andersartige Dienstkleidung getragen habe als die festangestellten Pflegekräfte der Beigeladenen zu 1). Schließlich hat die Klägerin noch darauf hingewiesen, dass die von der Beklagten erlassenen Bescheide wortgleich seien, ohne Rücksicht darauf, ob sie sich auf das zur Beigeladenen zu 1) bestehende Vertragsverhältnis bezögen, oder aber auf die zur H Dienstleistungs-GmbH oder dem mobilen Alten- und Krankenpfl egedienst B. bestehenden Auftragsverhältnisse. So fänden sich auch im vorliegend streitgegenständlichen Widerspruchsbescheid Ausführungen über eine vom Auftraggeber betriebene Wohnanlage; die Beigeladene zu 1) betreibe jedoch keine Wohnanlage. Dies verdeutliche, dass die Beklagte bei ihrer Statusentscheidung von einem unzutreffenden Sachverhalt ausgegangen sei.

Die Klägerin hat – nach Auslegung durch das Sozialgericht – erstinstanzlich beantragt,

den Bescheid der Beklagten vom 6. August 2013 in der Fassung des Widerspruchsbescheides vom 9. Mai 2014 aufzuheben und festzustellen, dass sie bei ihrer Tätigkeit für die Beigeladene zu 1) nicht im Rahmen eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses tätig war und nicht der Versicherungspflicht in der Kranken-, Pflege- und Rentenversicherung sowie nach dem Recht der Arbeitsförderung unterlag.

Die Beklagte hat beantragt,

die Kl age abzuweisen.

Zur Begründung hat die Beklagte im Wesentlichen auf ihre Ausführungen im Widerspruchsbescheid Bezug genommen und ergänzend ausgeführt, dass es für die sozialversicherungsrechtliche Statusbeurteilung unerheblich sei, dass die Klägerin ihre Pfl egetätigkeit nicht allein für die Beigeladene zu 1), sondern auch noch für weitere Pflegedienste ausgeübt habe. Denn Gegenstand des Anfrageverfahrens nach [§ 7a](#) Viertes Buch Sozialgesetzbuch (SGB IV) sei ausschließlich ein bestimmtes Auftragsverhältnis, das allein auf seine sozialversicherungsrechtliche Bedeutung hin zu überprüfen sei – hier das Vertragsverhältnis der Klägerin zu der Beigeladenen zu 1). Im Übrigen sei die Tätigkeit für mehrere Auftraggeber auch in der Sache irrelevant, da ein Beschäftigter ohne weiteres zu mehreren Arbeitgebern gleichzeitig in verschiedenen abhängigen Beschäftigungsverhältnissen stehen könne. Ebenso sei unerheblich, dass die Klägerin die Übernahme einzelner, ihr von der Beigeladenen zu 1) angedienter Aufträge habe ablehnen können. Entscheidend sei allein, dass die Klägerin im Falle der Annahme eines Auftrags bei Erbringung der von ihr insoweit geschuldeten Tätigkeit nicht mehr frei über den Einsatz ihrer Arbeitskraft habe verfügen können. Die Vergütung nach Stundensätzen sei zudem typisch für abhängige Beschäftigungsverhältnisse. Die damit im Zusammenhang stehende Möglichkeit der Klägerin, durch ein besonders hohes Arbeitspensum einen höheren Gewinn zu erzielen, spreche nicht für das Vorliegen einer selbständigen Tätigkeit, denn eine solche Chance bestehe auch für jeden Beschäftigten. Schließlich stelle ein wesentliches Merkmal für die Eingliederung in einen fremden Betrieb – und damit für das Vorliegen eines Beschäftigungsverhältnisses – der Umstand dar, dass der Auftragnehmer seine Tätigkeit nicht ohne die Benutzung der sächlichen Betriebsmittel des Auftraggebers erbringen könne.

Die Beigeladene zu 1) hat vor dem Sozialgericht vorgetragen, dass die Klägerin zu keiner Zeit in einem Beschäftigungsverhältnis zu ihr gestanden habe. Die diesbezüglichen pauschalen Behauptungen der Beklagten zu einer angeblichen engen Eingliederung in ihren, der Beigeladenen zu 1), Betrieb bzw. in die dortige Arbeitsorganisation seien haltlos. Die Klägerin sei in Ausübung ihrer Pfl egetätigkeit keinen fachlichen Weisungen unterlegen, die Tätigkeit habe sich allein an den Bedürfnissen des Pflegebedürftigen orientiert. Die Klägerin habe zu keinem Zeitpunkt auf irgendwelche Betriebsmittel ihres, der Beigeladenen zu 1), Unternehmens zurückgegriffen, sondern für ihre Pfl egetätigkeit ausschließlich selbst beschaffte Arbeitsausrüstung einschließlich des aus eigenen Mitteln angeschafften und unterhaltenen PKW benutzt. Unabhängig davon, dass der Eigenkapitaleinsatz der Klägerin im Hinblick auf den PKW nicht mehr als gering bezeichnet werden könne, sei im Zusammenhang mit dem Tragen eines unternehmerischen Risikos allein relevant, ob der Auftragnehmer sämtliche zur Ausübung seiner Tätigkeit erforderlichen Sachmittel selbst angeschafft habe – was im Fall der Klägerin zu bejahen sei. Im Falle eines betriebsmittelarmen Betriebes könne der Umstand, dass nur wenige bzw. kostengünstige Betriebsmittel anzuschaffen seien, nicht zur Bejahung einer abhängigen Beschäftigung herangezogen werden. Schließlich habe die Beklagte auch den Umstand, dass die Klägerin gleichzeitig für mehrere Auftraggeber tätig sei und deren Anfragen nach Übernahme von Aufträgen nach freier eigener Entscheidung auch jeweils ablehnen könne, in seinem Bedeutungsgehalt verkannt. Dies sei nicht irrelevant, sondern spreche deutlich für eine selbständige Tätigkeit der Klägerin.

Das Sozialgericht hat am 13. Oktober 2016 eine mündliche Verhandlung durchgeführt. Im Rahmen dieser Verhandlung hat die Klägerin persönlich erklärt, dass ihr auf Selbständigkeit angelegter Pflegebetrieb aufgrund der Streitgegenständlichen Entscheidung der Beklagten zusammengebrochen sei. Sie erhalte kaum noch Aufträge und trete auch nicht mehr werbend am Markt auf. Vielmehr sei sie mittlerweile als Pflegekraft mit einer monatlichen Arbeitszeit von 80 Stunden teilzeitbeschäftigt.

Nachdem sämtliche seinerzeitigen Beteiligten – das waren neben der Klägerin und der Beklagten lediglich noch die Beigeladene zu 1) – ihre Zustimmung mit einer Entscheidung des Rechtsstreits durch Urteil ohne mündliche Verhandlung erklärt hatten, hat das Sozialgericht den Bescheid der Beklagten vom 6. August 2013 in Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 9. Mai 2014 mit Urteil vom 24. November 2016 aufgehoben und festgestellt, dass die Klägerin ihre Tätigkeit "im Bereich der ambulanten und stationären Pflege" bei der Beigeladenen zu 1) ab dem 1. März 2012 nicht im Rahmen eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses ausgeübt und daher nicht der Versicherungspflicht in der Kranken-, Pflege- und Rentenversicherung sowie nach dem Recht der Arbeitsförderung unterlegen habe.

Nach Abwägung sämtlicher Umstände des Einzelfalls im Rahmen einer Gesamtwürdigung würden die für eine abhängige Beschäftigung sprechenden Merkmale die für eine selbständige Tätigkeit streitenden Umstände ganz eindeutig nicht überwiegen. Für die Annahme eines Beschäftigungsverhältnisses sprächen lediglich die Umstände, dass die Klägerin ihre Tätigkeit in einem von der Beigeladenen zu 1) örtlich und zeitlich vorgegebenen Rahmen verrichtet und ihre Tätigkeit nach festen Stundensätzen abgerechnet habe. Demgegenüber sprächen eine Reihe von Merkmalen für die Erbringung der Pflegeleistung durch die Klägerin im Rahmen einer selbständigen Tätigkeit: So sei zwischen den Vertragsparteien von vornherein die freiberufliche Erbringung der Pflegeleistungen vereinbart worden, weshalb der Klägerin keine arbeitnehmertypischen Rechte wie Ansprüche auf Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall und Erholungsurlaub eingeräumt worden seien. Auch die Vergütung der Tätigkeit nach Stellung von monatlichen Honorarrechnungen durch die Klägerin spreche für ein selbständiges Auftragsverhältnis; eine Entgeltzahlung als Gegenleistung für die Verrichtung von Arbeit sei gerade nicht gewollt gewesen. Die Honorareinnahmen habe die Klägerin zudem als Einkommen aus selbständiger Tätigkeit versteuert. Die Klägerin sei auch nicht in den Betrieb der Beigeladenen zu 1) eingegliedert gewesen, sondern habe ihre Pflegeleistungen in den Wohnungen der Pflegebedürftigen weisungsfrei und selbständig erbracht. Die Klägerin sei von der Beigeladenen zu 1) auch nicht wirtschaftlich abhängig gewesen; sie sei daneben noch für mehrere andere Auftraggeber tätig geworden und habe das Recht gehabt, ihr von der Beigeladenen zu 1) angebotene Aufträge abzulehnen. Schließlich sei der von der Klägerin errichtete Pflegebetrieb auch mit einem typischen Unternehmerrisiko behaftet gewesen. Denn die Klägerin habe sich nicht nur sämtliche zur Tätigkeitserbringung erforderliche Arbeitsmittel auf eigene Rechnung selbst beschafft, zudem sei auch der wirtschaftliche Erfolg – oder Mißerfolg – ihres Unternehmens davon abhängig gewesen, dass sie ständig ausreichend neue Arbeitsaufträge habe akquirieren können. Die für die Annahme eines Beschäftigungsverhältnisses sprechenden Merkmale träten in ihrer Bedeutung stark zurück. Der Umstand, dass der Klägerin Ort und Zeit der Tätigkeitserbringung vorgegeben gewesen sei, beruhe nicht auf der Ausübung eines entsprechenden Direktionsrechts der Beigeladenen zu 1), sondern folge aus der Natur des erteilten Auftrags – der Erbringung von ambulanten Pflegeleistungen in der Häuslichkeit der Pflegebedürftigen –. Die Abrechnung nach Stundensätzen schließlich spreche gar nicht für das Bestehen eines Beschäftigungsverhältnisses, weil auch selbständige Tätigkeiten nach Stundensätzen abgerechnet zu werden pflegten. Es sei zudem zu berücksichtigen, dass die abgerechneten Stundensätze der Beigeladenen zu 1) im Wege des Angebots der Klägerin vorgegeben worden seien.

Gegen dieses ihr am 28. März 2017 zugestellte Urteil richtet sich die am 11. April 2017 zum Schleswig-Holsteinischen Landessozialgericht erhobene Berufung der Beklagten.

Zur Begründung ihrer Berufung führt die Beklagte aus, dass es dem Urteil des Sozialgerichts schon an der höchstrichterlich geforderten Abwägung sämtlicher relevanter Einzelfallumstände mangle, weil das Sozialgericht die von ihm angeführten entscheidungserheblichen Umstände nicht rechtlich bewertet habe. Dass das Sozialgericht festgestellt habe, dass die Klägerin ihre Pflegeleistung an den Kunden der Beigeladenen zu 1) weisungsfrei und selbständig erbringe, trage die erstinstanzliche Entscheidung nicht. Denn auch die fest angestellten Pflegekräfte der Beigeladenen zu 1) hätten die erforderlichen Pflegemaßnahmen am Pflegebedürftigen "eigenverantwortlich und selbstentscheidend" zu erbringen. Untauglich zur statusrechtlichen Bewertung der klägerischen Tätigkeit sei die vom Sozialgericht angeführte Versteuerung der Einnahmen der Klägerin, da Steuerrecht und Sozialversicherungsrecht unterschiedlichen Regelungen folgten und die Finanzverwaltung zudem auch keine sozialversicherungsrechtliche Statusprüfung vornehme. Keine indizielle Bedeutung für das Vorliegen einer selbständigen Tätigkeit der Klägerin komme – entgegen der Ansicht des Sozialgerichts – der monatlichen Rechnungstellung durch die Klägerin und dem Fehlen arbeitsvertragstypischer Arbeitnehmerschutzrechte in den zwischen der Beigeladenen zu 1) und der Klägerin geschlossenen Auftragsvereinbarungen zu. Denn beide Umstände stellten lediglich Rechtsfolgen der fehlerhaften rechtlichen Einschätzung der Vertragsparteien bezüglich des Rechtscharakters des Auftragsverhältnisses dar. Da dieser Rechtscharakter nicht der Disposition der Vertragsparteien unterliege, sei es auch unerheblich, dass die Klägerin und die Beigeladene zu 1) übereinstimmend eine freiberufliche, selbständige Tätigkeit der Klägerin hätten vereinbaren wollen. Ein unternehmerisches Risiko gehe die Klägerin ebenfalls nicht ein, da sie aufgrund der vereinbarten erfolgsunabhängigen Vergütung lediglich ein – auch für Arbeitnehmer typisches – Entgeltrisiko trage und im Hinblick auf die selbst beschafften Arbeitsmittel lediglich derart geringe Investitionen getätigt habe, dass diesen kein maßgebliches Gewicht beizumessen sei. Entscheidend sei vielmehr, dass die Klägerin dieselben Pflegeleistungen an den Kunden der Beigeladenen zu 1) erbringe wie die dort fest angestellten Pflegekräfte. Sie sei daher in derselben Weise wie diese in die Betriebsorganisation der Beigeladenen zu 1) eingegliedert und könne sozialversicherungsrechtlich deshalb auch nicht anders beurteilt werden als diese. Es sei im übrigen im Verfahren vor dem Sozialgericht nicht aufgeklärt worden, ob die Beigeladene zu 1) – und ggf. auch die Klägerin selbst – mittels Versorgungsverträgen zur Erbringung ambulanter Pflegedienstleistungen zugelassen sei(en) und in welcher Weise die Beigeladene zu 1) die von der Klägerin erbrachten Leistungen gegenüber den Kranken- oder Pflegekassen abgerechnet habe. Schließlich wiederholt die Beklagte einmal mehr ihr Vorbringen, wonach es rechtlich unerheblich sei, dass die Klägerin nicht allein für die Beigeladene zu 1), sondern auch noch für weitere ambulante Pflegedienste tätig geworden sei. Denn der sozialversicherungsrechtlichen Statusbeurteilung unterliege hier allein das zwischen der Klägerin und der Beigeladenen zu 1) bestehende Auftragsverhältnis.

Die Beklagte beantragt,

das Urteil des Sozialgerichts Lübeck vom 24. November 2016 aufzuheben und die Klage abzuweisen.

Die Klägerin beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie verteidigt das angefochtene Urteil und führt aus, dass sie, die Klägerin, zwar inhaltlich dieselbe Leistung erbracht habe wie die bei der Beigeladenen zu 1) beschäftigten Pflegekräfte. Dies sei aber nicht Ausdruck einer Weisungsgebundenheit, sondern folge allein daraus, dass sich die Pflege nach dem jeweiligen Pflegeplan für die pflegebedürftige Person, etwaigen ärztlichen Anordnungen und den allgemein anerkannten Pflegestandards zu richten habe. Zudem sei sie gerade nicht in die Betriebsorganisation der Beigeladenen zu 1) eingebunden gewesen: Sie habe der Beigeladenen zu 1) grundsätzlich nur in von ihr, der Klägerin, vorgegebenen Zeitfenstern bzw. an von ihr zuvor bekanntgegebenen Tagen zur Verfügung gestanden, habe andere – eigene – Dienstkleidung benutzt als die fest angestellten Mitarbeiter der Beigeladenen zu 1), habe nur die von ihr selbst angeschafften Arbeitsutensilien benutzt und weder an Dienstbesprechungen noch an von der Beigeladenen zu 1) möglicherweise angebotenen Fortbildungen teilgenommen. Daneben unterscheide sich ihr Brutto-Stundenlohn ganz wesentlich vom Brutto-Stundenlohn der bei der Beigeladenen zu 1) fest angestellten Pflegekräfte: Während sie bis zu 28,50 EUR habe erzielen können, liege der Stundenlohn der Beschäftigten bei lediglich rund 11,00 EUR. Auch dies spreche deutlich gegen das Vorliegen eines Beschäftigungsverhältnisses zwischen ihr und der Beigeladenen zu 1). Die Beklagte gehe auch fehl darin, ein unternehmerisches Risiko für sie zu verneinen. Ein solches ergebe sich schon daraus, dass sie, die Klägerin, für ihren wirtschaftlichen Erfolg von dem Erfolg ihrer Kundenakquise abhängig gewesen sei. Ein solches Risiko habe für die Beschäftigten der Beigeladenen zu 1) nicht bestanden; hätte die Beigeladene zu 1) diese mangels Arbeitsbedarfs nicht einsetzen können, hätten diese Mitarbeiter Anspruch auf Annahmeverzugslohn. Auch in der Insolvenz der Beigeladenen zu 1) und im Falle von ihr, der Klägerin, bei Ausübung ihrer Tätigkeit verursachter Schäden stehe sie sich wesentlich schlechter als die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer der Beigeladenen zu 1). Auch sei der Umstand, dass sie ihre Pflegedienstleistungen noch für weitere Pflegeeinrichtungen erbracht habe, sehr wohl von statusrechtlicher Relevanz. Denn aus dem Umstand, dass sie, die Klägerin, daher auch nur einen – nicht überwiegenden – Teil ihres Gewinns aus der Tätigkeit im Auftrag der Beigeladenen zu 1) generiert habe, werde deutlich, dass sie in keiner Weise von der Beigeladenen zu 1) abhängig gewesen sei – was aber Voraussetzung einer abhängigen Beschäftigung wäre. Schließlich macht die Klägerin geltend, dass die Frage nach der Abrechnung von Pflegeleistungen der Beigeladenen zu 1) gegenüber Kranken- und Pflegekassen auf Grundlage eines Versorgungsvertrages für die Frage, ob sie für die Beigeladene zu 1) selbständig tätig geworden sei oder nicht, gänzlich irrelevant sei. Die Vertrags- und Vergütungsbeziehungen der Beigeladenen zu 1) zu Sozialversicherungsträgern seien hier nicht streitgegenständlich.

Die Beigeladene zu 1) beantragt ebenfalls,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie bringt vor, dass zwischen der von der Klägerin in ihrem Auftrag erbrachten Tätigkeiten und der von ihren fest angestellten Pflegekräften verrichteten Arbeitsleistungen eine Vielzahl von Unterschieden bestehe. Nicht nur habe allein die Klägerin die Übernahme einzelner Aufträge ablehnen können, sie habe ihre Tätigkeit auch ohne jede Eingliederung in ihren, der Beigeladenen zu 1), Betrieb erbracht – insbesondere sei sie in keinem Fall in den dortigen Dienstplänen aufgeführt gewesen –, habe allein sämtliche erforderlichen Arbeitsmittel auf eigene Rechnung selbst beschaffen müssen und sei – anders als die bei ihr beschäftigten Arbeitnehmer – einem Haftungsrisiko bei Schlechtleistung und der Verursachung von Schäden ausgesetzt gewesen. Das Bestehen eines Versorgungsvertrages zwischen ihr, der Beigeladenen zu 1), und den Trägern der gesetzlichen Kranken- und Pflegeversicherung – der tatsächlich abgeschlossen sei (insoweit verweist die Beigeladene zu 1) auf die in Kopie eingereichte Seite 1 eines solchen Vertrages vom 27. Oktober 2009) – sei für die Entscheidung des vorliegenden Streitfalls ohne jeden rechtlichen Belang.

Der Senat hat mit Beschluss vom 6. Juni 2017 die Beigeladenen zu 2) – 4) zu dem Verfahren beigeladen. Nachdem die Beigeladene zu 1) auf Anforderung des Senats mit Schriftsatz vom 30. Juli 2020 die konkreten Arbeitstage sowie die täglichen Arbeitszeiten mitgeteilt hat, während welcher die Klägerin im Zeitraum zwischen dem 5. Mai 2012 und dem 19. Januar 2013 in ihrem, der Beigeladenen zu 1), Auftrag ambulante Pflegeleistungen erbracht hatte, hat die Beklagte am 13. August 2020 einen Bescheid erlassen, mit dem die Feststellung aus dem Ausgangsbescheid dahin "abgeändert und beschränkt" worden ist, dass Versicherungspflicht in den beitragspflichtigen Zweigen der Sozialversicherung im Mai 2012 an den Tagen vom 5. bis 8., am 18. und vom 25. – 28. bestanden habe, im Juni 2012 am 23., 24. und 30., im Juli 2012 am 1., 21. und 29., im August 2012 am 6., 13., 27., 30. und 31., im September 2012 am 1. und 2., am 4., vom 15. – 17. und am 29., im Oktober 2012 am 5., vom 10. – 14., am 17. und 18., vom 22. – 25. sowie am 27. und 28., im November 2012 am 11., 18., 24. und 25., im Dezember 2012 vom 24. – 26. und im Januar 2013 am 1., 2. und 19 ...

Wegen weiterer Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf den Inhalt der Gerichtsakte sowie der von der Beklagten vorgelegten Verwaltungsakte, die jeweils Gegenstand der Berufungsverhandlung geworden sind, Bezug genommen.

Entscheidungsgründe:

I.

Die gemäß [§ 151 Abs. 1](#) Sozialgerichtsgesetz (SGG) form- und fristgerecht eingelegte Berufung ist nach [§ 143 SGG](#) statthaft, da ein Fall der Berufungsbeschränkung nach [§ 144 Abs. 1 Satz 1 SGG](#) nicht vorliegt. Insbesondere handelt es sich bei dem hier umstrittenen Statusfeststellungsbescheid nach [§ 7a Abs. 2 SGB IV](#) nicht um einen auf eine Geldleistung gerichteten Verwaltungsakt im Sinne des [§ 144 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 SGG](#). Ein die Versicherungspflicht feststellender Verwaltungsakt besitzt, auch wenn er künftig die Grundlage für die Erhebung von Beitragsforderungen bilden kann, eigenständige Bedeutung und fällt daher nicht unter [§ 144 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 SGG](#) (Leitherer, in Meyer-Ladewig/Keller/ Leitherer/Schmidt, SGG, 13. Aufl. 2020, § 144 Rn. 10b; unter Verweis auf BSG, Beschluss vom 25.07.2002, [B 10 LW 6/02 B](#)).

II. Die Berufung ist auch begründet. Zu Unrecht hat das Sozialgericht die Bescheide vom 6. August 2013 und 9. Mai 2014 aufgehoben und festgestellt, dass die Klägerin bei Ausübung ihrer ambulanten Aushilfspflegetätigkeit im Auftrag der Beigeladenen zu 1) nicht der Versicherungspflicht in der Kranken-, Pflege- und Rentenversicherung sowie nach dem Recht der Arbeitsförderung unterlag. Denn die vorgenannten, diese Versicherungspflicht feststellenden Bescheide der Beklagten sind rechtmäßig und verletzen die Klägerin deshalb nicht in ihren Rechten.

1. Streitgegenständlich im Berufungsverfahren ist neben der mit Bescheid vom 6. August 2013 und Widerspruchsbescheid vom 9. Mai 2014 getroffenen Ausgangsentscheidung auch der Bescheid der Beklagten vom 13. August 2020. Dieser Bescheid stellt nach Ansicht des Senats lediglich eine Konkretisierung der mit den streitigen Ausgangsbescheiden erfolgten Feststellung der Versicherungsspflicht der Klägerin in zeitlicher Hinsicht dar. Denn die Feststellung der Sozialversicherungsspflicht bezieht sich stets auf eine konkrete Tätigkeit und gilt daher auch denklogisch nur für Zeiträume, in denen diese Tätigkeit auch ausgeübt wird. So heißt es denn auch in dem ersten Feststellungssatz des hier streitgegenständlichen Bescheides vom 6. August 2013: "() hat ergeben, dass Ihre Tätigkeit im Bereich der ambulanten und stationären Pflege bei A Ambulante Pflege seit 01.03.2012 im Rahmen eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses ausgeübt wird". Unabhängig davon, dass die Klägerin für die Beigeladene zu 1) zu keinem Zeitpunkt in einer stationären Pflegeeinrichtung eingesetzt war, ergibt sich aus dem Verfügungssatz zwanglos, dass eine abhängige Beschäftigung nur dann gegeben sei, wenn eine Tätigkeit im Auftrag der Beigeladenen zu 1) auch ausgeübt wurde. Es erscheint als Selbstverständlichkeit, dass die Beklagte eine solche Feststellung nicht auch für solche, nach dem 1. März 2012 liegenden Zeiträume treffen wollte, in denen die Klägerin überhaupt keine ambulanten Pflegeleistungen im Auftrag der Beigeladenen zu 1) ausgeübt hat. Daher enthielt nach Ansicht des Senats bereits der Bescheid vom 6. August 2013 (in der Fassung des Widerspruchsbescheides vom 9. Mai 2014) eine auf die konkreten Tätigkeitszeiträume der Klägerin im Auftrag der Beigeladenen zu 1) beschränkte Feststellungsentscheidung. Der Konkretisierung dieser Feststellung durch Nennung sämtlicher konkreten Einsatztage – so wie mit dem Bescheid vom 13. August 2020 geschehen – hätte es danach nicht bedurft. Selbst wenn aber, wovon offenbar die Beklagte ausgeht, mit dem Bescheid vom 13. August 2020 eine Abänderung der ursprünglichen Feststellungsentscheidung im Sinne einer (dann umfänglichen) Teil-Aufhebung vorgenommen worden sein sollte, wäre der Bescheid vom 13. August 2020 nach [§ 96 Abs. 1 SGG](#) in den Rechtsstreit einbezogen gewesen.

2. Die streitbefangene Statusentscheidung der Beklagten stellt sich als rechtmäßig dar. Insoweit ist zunächst eine formelle Rechtswidrigkeit nicht erkennbar. Insbesondere ist die Beklagte nach [§ 7a Abs. 2 SGB IV](#) für den Erlass der Statusfeststellungsentscheidung im Antragsverfahren zuständig, zudem hat sie mit ihrem Schreiben vom 10. Juni 2013 auch das besondere Anhörungserfordernis nach [§ 7a Abs. 4 SGB IV](#) beachtet.

Die Feststellungsentscheidung der Beklagten ist auch materiell rechtmäßig. Denn nach [§ 5 Abs. 1 Nr. 1 SGB V](#), [§ 1 Satz 1 Nr. 1 SGB VI](#), [§ 20 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 SGB XI](#) und [§ 25 Abs. 1 Satz 1 Sozialgesetzbuch Drittes Buch \(SGB III\)](#) besteht im Falle der Beschäftigung gegen Arbeitsentgelt Versicherungspflicht in der gesetzlichen Kranken- und Rentenversicherung, der sozialen Pflegeversicherung und nach dem Recht der Arbeitsförderung. Eine solche Beschäftigung hat die Klägerin in den streitgegenständlichen Zeiträumen für die Beigeladene zu 1) ausgeübt, wobei insoweit die Entgeltlichkeit der klägerischen Tätigkeit weder zweifelhaft ist, noch in Streit steht. Entscheidend ist hier, dass die Klägerin ihre ambulante Pflegetätigkeit im Auftrag der Beigeladenen im Rahmen eines Beschäftigungsverhältnisses ausgeübt hat.

Beschäftigung ist die nichtselbständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis ([§ 7 Abs. 1 Satz 1 SGB IV](#)). Anhaltspunkte für eine Beschäftigung sind eine Tätigkeit nach Weisungen und eine Eingliederung in die Arbeitsorganisation des Weisungsgebers ([§ 7 Abs. 1 Satz 2 SGB IV](#)). Diese gesetzlichen Kautelen sind durch die Rechtsprechung weiter ausdifferenziert worden: Nach der ständigen Rechtsprechung des BSG erfordert das Vorliegen eines Beschäftigungsverhältnisses, dass der Arbeitnehmer vom Arbeitgeber persönlich abhängig ist. Bei einer Beschäftigung in einem fremden Betrieb ist dies der Fall, wenn der Beschäftigte in den Betrieb eingegliedert ist und dabei einem Zeit, Dauer, Ort und Art der Arbeitsleistung umfassenden Weisungsrecht des Arbeitgebers unterliegt. Dies gilt uneingeschränkt auch bei der sozialversicherungsrechtlichen Statusbeurteilung von Pflegekräften. An seiner anderslautenden früheren Rechtsprechung (s. zuletzt Urteil des Senats vom 11. Mai 2017, [L 5 KR 73/15](#), juris) hält der Senat angesichts zwischenzeitlich ergangener höchstrichterlicher Rechtsprechung (BSG, Urteil vom 7. Juni 2019, [B 12 R 6/18 R](#), juris) nicht länger fest.

Vornehmlich bei Diensten höherer Art kann das Weisungsrecht auch eingeschränkt und zur "dienenden Teilhabe am Arbeitsprozess" verfeinert sein (dazu BSG, Urteil vom 18. Dezember 2001, [B 12 KR 10/01 R](#), [Breith. 2002, 474](#) ff.). Höhere Dienste werden im Rahmen abhängiger Beschäftigung geleistet, wenn sie fremdbestimmt bleiben und in einer von der anderen Seite vorgegebenen Ordnung des Betriebs aufgehen (BSG, Urteil vom 19. Juni 2001, [B 12 KR 44/00 R](#), [NZS 2002, 199](#) ff.). Demgegenüber ist eine selbstständige Tätigkeit vornehmlich durch das Vorhandensein einer eigenen Betriebsstätte, die Verfügungsmöglichkeit über die eigene Arbeitskraft und die im Wesentlichen frei gestaltete Tätigkeit und Arbeitszeit sowie das Unternehmerrisiko gekennzeichnet (vgl. BSG, Urteil vom 29. August 2012, [B 12 KR 25/10 R](#), [BSGE 111, 257](#) ff.). Dies gilt auch bei der sozialversicherungsrechtlichen Statusbeurteilung von Pflegekräften.

Ein unternehmerisches Risiko besteht meist in der Gefahr, bei wirtschaftlichem Misserfolg des Unternehmens das eingesetzte Kapital zu verlieren oder nicht ausreichend nutzen zu können; ihm entspricht die Aussicht auf Gewinn, wenn das Unternehmen wirtschaftlichen Erfolg hat. Abhängig Beschäftigte tragen demgegenüber das Arbeitsplatzrisiko, das in der Gefahr besteht, bei wirtschaftlichem Misserfolg des Unternehmens die Arbeitsstelle einzubüßen. Das für eine selbstständige Tätigkeit typische Unternehmerrisiko ist nicht mit einem Kapitalrisiko gleichzusetzen. Denn ein Kapitalrisiko, das nur zu geringen Ausfällen führt, wird das tatsächliche Gesamtbild einer Beschäftigung regelmäßig nicht wesentlich bestimmen (BSG, Beschluss vom 16. August 2010, [B 12 KR 100/09 B](#), zitiert nach juris). Maßgebendes Kriterium für das Vorliegen eines Unternehmerrisikos ist, ob eigenes Kapital oder die eigene Arbeitskraft auch mit der Gefahr des Verlustes eingesetzt wird, der Erfolg des Einsatzes der sächlichen oder persönlichen Mittel also ungewiss ist. Allerdings ist ein unternehmerisches Risiko nur dann Hinweis auf eine selbstständige Tätigkeit, wenn diesem Risiko auch größere Freiheiten in der Gestaltung und der Bestimmung des Umfangs beim Einsatz der eigenen Arbeitskraft gegenüberstehen (BSG, Urteil vom 11. November 2015, [B 12 KR 10/14 R](#), [Breith. 2016, 903](#) ff.; Urteil vom 25. April 2012, [B 12 KR 24/10 R](#), [SGB 2013, 364](#) ff.).

Ob eine Beschäftigung vorliegt, ergibt sich zudem aus dem Vertragsverhältnis der Beteiligten, so wie es im Rahmen des rechtlich Zulässigen tatsächlich vollzogen worden ist. Ausgangspunkt ist daher zunächst das Vertragsverhältnis der Beteiligten, so wie es sich aus den von ihnen getroffenen Vereinbarungen ergibt oder sich aus ihrer gelebten Beziehung erschließen lässt. Eine im Widerspruch zu ursprünglich getroffenen Vereinbarungen stehende tatsächliche Beziehung und die sich hieraus ergebende Schlussfolgerung auf die tatsächlich gewollte Natur der Rechtsbeziehung geht der nur formellen Vereinbarung vor, soweit eine – formlose – Abbedingung rechtlich möglich ist. Umgekehrt gilt, dass die Nichtausübung eines Rechts unbeachtlich ist, solange diese Rechtsposition nicht wirksam abbedungen ist. Zu den tatsächlichen Verhältnissen in diesem Sinne gehört daher unabhängig von ihrer Ausübung auch die einem Beteiligten zustehende Rechtsmacht (vgl. BSG, Urteil vom 8. Dezember 1994, [11 RAR 49/94](#), [NZS 1995, 373](#) ff.). Die tatsächlichen Verhältnisse geben den Ausschlag, wenn sie von Vereinbarungen abweichen (vgl. BSG, Urteil vom 4. Juni 1998, [B 12 KR 5/97 R](#), [Breith. 1999, 363](#) ff.; Urteil vom 10. August 2000, [B 12 KR 21/98 R](#), [BSGE 87, 53](#), 56). Maßgeblich ist die Rechtsbeziehung so, wie sie praktiziert wird, und die praktizierte

Beziehung so, wie sie rechtlich zulässig ist (vgl. BSG, Urteil vom 24. Januar 2007, [B 12 KR 31/06 R](#), [NZS 2007, 648](#) ff.).

Die Zuordnung des konkreten Lebenssachverhalts zum rechtlichen Typus der (abhängigen) Beschäftigung als nichtselbstständige Arbeit nach dem Gesamtbild der Arbeitsleistung erfordert nach der Rechtsprechung des BSG eine Gewichtung und Abwägung aller als Indizien für und gegen eine Beschäftigung bzw. selbstständige Tätigkeit sprechenden Merkmale der Tätigkeit im Einzelfall. Bei Vorliegen gegenläufiger, d. h. für die Bejahung und die Verneinung eines gesetzlichen Tatbestandsmerkmals sprechender tatsächlicher Umstände oder Indizien hat das Gericht (ebenso die Behörde) insoweit eine wertende Zuordnung aller Umstände im Sinne einer Gesamtabwägung vorzunehmen. Diese Abwägung darf allerdings nicht (rein) schematisch oder schablonenhaft erfolgen, etwa in der Weise, dass beliebige Indizien jeweils zahlenmäßig einander gegenübergestellt werden, sondern es ist in Rechnung zu stellen, dass manchen Umständen wertungsmäßig größeres Gewicht zukommen kann als anderen als weniger bedeutsam einzuschätzenden Indizien (LSG Baden-Württemberg, Urteil vom 27. Juli 2016, [L 5 R 606/14](#), zitiert nach juris). Eine rechtmäßige Gesamtabwägung setzt deshalb – der Struktur und Methodik jeder Abwägungsentscheidung (innerhalb und außerhalb des Rechts) entsprechend – voraus, dass alle nach Lage des Einzelfalls wesentlichen Indizien festgestellt, in ihrer Tragweite zutreffend erkannt und gewichtet, in die Gesamtschau mit diesem Gewicht eingestellt und in dieser Gesamtschau nachvollziehbar, d. h. den Gesetzen der Logik entsprechend und widerspruchsfrei, gegeneinander abgewogen werden (so BSG, Urteil vom 25. April 2012, [B 12 KR 24/10 R](#), a.a.O.). Diese Abwägung ist gerichtlich voll kontrollierbar.

Unter Zugrundelegung dieser Maßstäbe und unter Beachtung der aktuellen höchstrichterlichen Rechtsprechung zur statusrechtlichen Einordnung von Pflegefachkräften ist hier – entgegen der Wertung des Sozialgerichts – von einer abhängigen Beschäftigung der Klägerin auszugehen. Im Zentrum der sozialversicherungsrechtlichen Beurteilung der von der Klägerin für die Beigeladene zu 1) erbrachten Tätigkeit steht dabei, dass die gelebte Vertragspraxis einer Pflegekraft von den aus den gesetzlichen Bestimmungen folgenden regulatorischen Vorgaben derart stark vorgeformt ist, dass – von ganz besonderen Ausnahmekonstellationen abgesehen – stets von einer weisungsgebundenen, in die betriebliche Ablauforganisation des auftraggebenden Pflegeunternehmens eingebetteten Tätigkeit einer Honorarpflegekraft wie der Klägerin auszugehen ist. So versteht der Senat die einschlägige Rechtsprechung des Bundessozialgerichts (BSG). Das BSG hat mit Urteil vom 7. Juni 2019 ([B 12 R 6/18 R](#), SGB 2020, 115 ff.) zu einer Honorartätigkeit eines staatlich anerkannten Altenpflegers und einer Fachkraft für Leitungsaufgaben in der Pflege als externem Auftragnehmer des Trägers einer stationären Pflegeeinrichtung entschieden, dass die Tätigkeit der Honorarkraft/des Auftragnehmers nur im Ausnahmefall als selbstständige Tätigkeit gewertet werden könne, wenn gewichtige Indizien einen solchen Ausnahmefall begründeten. Die Leitsätze der vorgenannten BSG-Entscheidung lauten:

1. Der Versorgungsauftrag einer stationären Pflegeeinrichtung sowie die Regelungen über die Erbringung stationärer Pflegeleistungen nach dem SGB XI und dem Heimrecht haben keine zwingende übergeordnete Wirkung hinsichtlich des sozialversicherungsrechtlichen Status von in stationären Pflegeeinrichtungen tätigen Pflegefachkräften, sind jedoch bei der Gewichtung der Indizien zur Statusbeurteilung zu berücksichtigen.

2. Da diese regulatorischen Rahmenbedingungen im Regelfall die Eingliederung von Pflegefachkräften in die Organisations- und Weisungsstruktur der stationären Pflegeeinrichtung mit sich bringen, müssen für die nur ausnahmsweise in Betracht kommende selbstständige Tätigkeit im sozialversicherungsrechtlichen Sinn gewichtige Indizien bestehen.

Das BSG misst für den Bereich der stationären Pflege dem gesetzlichen Versorgungsauftrag ([§ 69 SGB XI](#)) und den insbesondere in [§ 71 Abs. 2, 3 SGB XI](#) in Verbindung mit [§ 72 SGB XI](#) (vgl. dort insbesondere Abs. 3) enthaltenen Regelungen über die Erbringung stationärer Pflegeleistungen ein derartiges indizielles Gewicht im Rahmen der statusrechtlichen Abwägungsentscheidung zu, dass anderen, ggf. für eine selbstständige Tätigkeit streitenden Umständen nur schwerlich noch eine solche Gravität zukommen kann, die dazu führen könnte, die gleichsam gesetzlich vorgegebene Präponderanz der für ein Beschäftigungsverhältnis sprechenden Merkmale ("regulatorische Rahmenbedingungen") zu überwiegen.

Da Anknüpfungspunkt der Rechtsprechung des BSG die gesetzlichen (und auch auf Landesebene bestehenden heimrechtlichen) Vorgaben für die Erbringung von Pflegeleistungen sind, sind die im dortigen Urteil vom 7. Juni 2019 aufgestellten Grundsätze nach Überzeugung des Senats auf den Bereich der ambulanten Pflege zu übertragen. Denn für ambulante Pflegedienste gelten im wesentlichen die gleichen Qualitätsanforderungen wie für stationäre Einrichtungen. Das LSG Hamburg hat dazu in seinem Urteil vom 24. September 2019 zum Aktenzeichen [L 3 R 14/18](#) (zitiert nach juris, derzeit anhängig beim BSG zum Aktenzeichen [B 12 R 17/19 R](#)) ausgeführt:

"Als zugelassener Pflegedienst unterliegt die Beigeladene zu 1 umfassenden regulatorischen Vorgaben. Per Definition muss sie personell und sächlich derart ausgestattet sein, dass die Gewährleistung einer ausreichenden, gleichmäßigen und konstanten pflegerischen Versorgung eines wechselnden Kreises von Pflegebedürftigen im jeweiligen Einzugsgebiet "rund um die Uhr" mit Sicherstellung eines ausreichenden Früh-, Spät-, Wochenend- und Feiertagsdienstes besteht (vgl. die Gesetzesbegründung zu [§ 71 SGB XI](#) in [BT-Drs. 12/5262](#), 134). Dies macht es erforderlich, für die notwendigen Leistungen unter Berücksichtigung der individuellen Bedürfnisse der Pflegebedürftigen geeignete Kräfte vorzuhalten und diese entsprechend ihrer fachlichen Qualifikation einzusetzen (S. Schmidt in: Kasseler Kommentar zum Sozialversicherungsrecht, Werksstand: Juni 2019, § 71 Rn. 11). Wie bei Pflegeheimen muss bei der Beigeladenen zu 1 die Pflege unter ständiger Verantwortung einer Pflegefachkraft stehen (vgl. [§ 71 Abs. 1 SGB XI](#)). Sie ist gesetzlich verpflichtet, unter anderem einrichtungsintern ein Qualitätsmanagement einzuführen und weiterzuentwickeln, das den Vereinbarungen nach [§ 113 SGB XI](#) entspricht (vgl. [§ 73 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 SGB XI](#)). Bei der Versorgung der betreuten Patienten sind die Expertenstandards nach [§ 113a SGB XI](#) zwingend anzuwenden ([§ 73 Abs. 3 Satz 1 Nr. 4 SGB XI](#)). Schon dies setzt einen maßgeblichen Einfluss des Pflegedienstes, insbesondere seiner verantwortlichen Pflegefachkraft, auf die Tätigkeit aller eingesetzten Kräfte voraus."

Dem schließt sich der Senat nach eigener Prüfung an. Auch das LSG Berlin-Brandenburg hat die im Urteil des BSG vom 7. Juni 2019 formulierten Grundsätze auf die sozialversicherungsrechtliche Beurteilung einer nach eigenem und dem Verständnis des Auftraggebers freiberuflichen bzw. selbstständigen Tätigkeit eines examinierten Altenpflegers für einen ambulanten Pflegedienst mit Urteil vom 2. April 2020 zum Aktenzeichen [L 1 KR 358/18](#) (zitiert nach juris) in unveränderter bzw. nicht modifizierter Form angewendet. Zwar hat das BSG in seinem vorzitierten Urteil vom 7. Juni 2019 ausdrücklich festgestellt, dass "derzeit keine anderen Ausprägungen der Tätigkeit als Honorarpflegefachkraft, etwa im Rahmen ambulanter Pflege, zu entscheiden" seien. Indes legt die weitreichende Identität zwischen den für den ambulanten Pflegesektor einerseits und den stationären Sektor andererseits geltenden gesetzlichen Vorgaben eine Übertragung auf

den ambulanten Bereich gleichwohl nahe. Daran ändert sich nach Ansicht des Senats auch nichts durch die Rechtsprechung des LSG Baden-Württemberg, das mit Urteil vom 14. Dezember 2018 zum Aktenzeichen [L 8 R 985/17](#) (zitiert nach juris) folgenden Leitsatz aufgestellt hat: "Auf die Abgrenzung einer abhängigen Beschäftigung von einer selbstständigen Tätigkeit im Bereich der ambulanten Pflege ist die Rechtsprechung zur Pflegetätigkeit in einer stationären Pflegeeinrichtung nicht uneingeschränkt übertragbar, insbesondere im Hinblick auf die Eingliederung in den Betriebsablauf der Pflegeeinrichtung". Denn nicht nur ist das Urteil des LSG Baden-Württemberg zeitlich vor dem Urteil des BSG vom 7. Juni 2019 ergangen; die nach dem vorgenannten Urteil des LSG Baden-Württemberg zu beachtende Unterscheidung der Tätigkeit einer Honorarpflegekraft in einem Pflegeheim einerseits und für einen ambulanten Pflegedienst andererseits bezieht sich zudem auch lediglich auf eine nach Ansicht des LSG für eine in einem ambulanten Pflegedienst tätige Pflegekraft bestehende größere unternehmerische bzw. wirtschaftliche und auch persönliche Freiheit im Vergleich zu der in einer stationären Pflegeeinrichtung eingesetzten Honorarpflegekraft. Zu den aus gesetzlichen Qualitätsanforderungen folgenden regulatorischen Vorgaben für die Arbeitsweise eines ambulanten Pflegedienstes, die im Zentrum der jüngsten BSG-Rechtsprechung zu einer stationären Pflegeeinrichtung stehen, verhält sich das Urteil des LSG Baden-Württemberg vom 14. Dezember 2018 nicht.

Unter Beachtung des Umstandes, dass die auch für den ambulanten Pflegesektor bestehenden gesetzlichen regulatorischen Vorgaben im Regelfall eine weisungsgebundene und in den Betrieb des Pflegedienstes eingegliederte Tätigkeitserbringung durch eine Honorarpflegefachkraft wie die Klägerin bedingen, vermögen es die weiteren die hier in Rede stehende Tätigkeit der Klägerin prägenden Merkmale nicht, beim Senat eine Überzeugung dahin zu begründen, dass die Klägerin ihre Tätigkeit für die Beigeladene zu 1) selbständig ausgeübt hätte. Dies gilt zunächst für den übereinstimmenden Willen der Vertragsparteien des Auftragsverhältnisses, eine freiberufliche (Aushilfs-) Mitarbeit einer externen Pflegekraft vereinbaren zu wollen, und die diesem Willen entsprechenden Vereinbarungen. Unabhängig davon, dass der Wille der Vertragsparteien ohnehin nur dann ein ausschlaggebendes Gewicht im Rahmen der statusrechtlichen Abwägungsentscheidung zu erlangen vermag, wenn nach Bewertung der übrigen relevanten Kriterien ein aussagekräftiges Abwägungsergebnis nicht feststellbar ist (vgl. BSG, Urteil vom 28. Mai 2008, [B 12 KR 13/07 R](#), zitiert nach juris; BSG, Urteil vom 18. November 2015, [B 12 KR 16/13 R](#), [BSGE 120, 99](#) ff.), geht formellen vertraglichen Vereinbarungen grundsätzlich die gelebte Vertragspraxis vor, soweit zwischen beiden ein Widerspruch besteht (BSG, Urteil vom 7. Juni 2019, [B 12 R 6/18 R](#), a.a.O.). Die gelebte Vertragspraxis ist indes, wie vorstehend dargelegt, auch im ambulante Pflegebereich durch die im SGB XI vorgegebenen Qualitätsanforderungen derart stark vorgeformt, dass die Praxis nahezu immer durch eine weisungsgebundene Eingliederung der einzelnen Pflegefachkraft gekennzeichnet ist. Daraus folgt, dass Vereinbarungen über eine freie bzw. selbständige Mitarbeit einer externen Pflegekraft – wie sie hier zu beobachten sind – in einem Widerspruch zu der gelebten Vertragspraxis stehen – und mithin im Rahmen der sozialversicherungsrechtlichen Statusentscheidung unerheblich sind, zumindest aber nicht als abwägungsrelevantes Kriterium von maßgeblichem Gewicht sein können.

Auch der von dem Sozialgericht in seinem angefochtenen Urteil als abwägungsrelevant herangezogene Umstand, dass die Klägerin ihre geschuldeten Pflegetätigkeiten an den pflegebedürftigen Kunden der Beigeladenen zu 1) tatsächlich weisungsfrei und selbständig erbracht hat, spricht hier nicht maßgeblich für eine selbständige Pflegetätigkeit der Klägerin. Denn Pflegefachkräfte wie die Klägerin sind schon durch ihre Berufsausbildung zur selbständigen und eigenverantwortlichen Pflege von Pflegebedürftigen befähigt und arbeiten daher bei bzw. an der zu pflegenden Person – unabhängig von ihrem sozialversicherungsrechtlichen Status – regelmäßig weitgehend eigenverantwortlich, wobei sie in der Lage sind, in gewissem Umfang flexibel auf Wünsche und Bedürfnisse der Pflegebedürftigen zu reagieren (BSG, a.a.O.). Der tatsächlich eigenverantwortlich und selbst entscheidend ausgeübten Pflegetätigkeit am Patienten kommt daher kein – zumindest aber kein wesentliches – indizielles Gewicht im Rahmen der statusrechtlichen Abwägungsentscheidung zu.

Der Senat folgt dem Sozialgericht auch nicht bei der Beantwortung der Frage nach dem Bestehen eines – grundsätzlich für eine selbständige Tätigkeit sprechenden – unternehmerischen Risikos auf Seiten der Klägerin. Das Sozialgericht bejaht das Vorliegen eines Unternehmerrisikos, weil die Klägerin sich sämtliche erforderlichen Arbeitsmaterialien auf eigene Kosten selbst beschafft habe und stets der Gefahr ausgesetzt gewesen sei, keine Folgeaufträge zu erhalten (Abhängigkeit vom Erfolg eigener Akquisetätigkeit). Dies ist zwar nachvollziehbar, steht nach Ansicht des Senats aber nicht in Einklang mit der aktuellen höchstrichterlichen Rechtsprechung. Denn in seinem Urteil vom 7. Juni 2019 hat das BSG zu dem dortigen Kläger, der – wie die Klägerin hier – lediglich Einzelaufträge abschloss und seine Tätigkeit dafür nach Stundensätzen in Rechnung stellte, ausgeführt:

"Da er einen festen Lohn für geleistete Stunden erhalten hat, trug er zu keinem Zeitpunkt das Risiko, für seine Arbeit bzw. die Bereitschaft hierzu nicht entlohnt zu werden. Für ihn bestand auch nicht die Chance, durch unternehmerisches Geschick seine Arbeit so effizient zu gestalten, dass er das Verhältnis von Aufwand und Ertrag zu seinen Gunsten hätte entscheidend beeinflussen können. Im Kern erhielt er für seine Arbeit risikolos ein fest definiertes Honorar. Da es auch lediglich auf eine Betrachtung der konkreten Tätigkeit ankommt, ist das einzig in Betracht kommende Risiko des Beigeladenen zu 1., von der Einrichtung keine weiteren Folgeaufträge zu bekommen, für die Frage seines Status in der konkreten Tätigkeit irrelevant. Er setzte lediglich in geringem Umfang mit Arbeitskleidung, einem Computer, Reise-, Telefon- und Kfz-Kosten eigene Betriebsmittel ein. Den Feststellungen des LSG ist nicht mit der erforderlichen Klarheit zu entnehmen, dass diese gerade im Hinblick auf die ausgeübte Tätigkeit angeschafft sowie eingesetzt wurden. Selbst wenn dies der Fall wäre, würden die Anschaffungen aber kein ins Gewicht fallendes Verlustrisiko begründen. Dies gilt auch für den Abschluss von Versicherungen, mit denen der Beigeladene zu 1. Rahmenbedingungen für eine selbstständige Tätigkeit schuf, die aber für sich genommen zu keiner entscheidenden Prägung der Tätigkeit selbst führen."

Dem folgt der Senat. Ein unternehmerisches Risiko der Klägerin bestand danach nicht. Dies gilt auch im Hinblick auf das KFZ, das sich die Klägerin zur Ausübung ihrer freiberuflichen ambulanten Pflegetätigkeit angeschafft hatte. Insoweit ist zum einen zu berücksichtigen, dass die Klägerin das neue Fahrzeug lediglich geleast hatte, zum anderen, dass das zuvor von der Klägerin genutzte Fahrzeug nach ihren Angaben in der Berufungsverhandlung ohnehin schon alt gewesen war. Die Anschaffung des neuen Fahrzeugs, das die Klägerin nicht ausschließlich beruflich nutzte, bedeutete daher für die Klägerin auch einen privaten Vorteil. Die Wertung des BSG, wonach die Anschaffung eines Fahrzeugs im Zusammenhang mit der Aufnahme einer Pflegetätigkeit auf Honorarbasis kein solches Verlustrisiko begründen könne, um für die Bejahung eines unternehmerischen Risikos hinzureichen, greift deshalb nach Ansicht des Senats auch im vorliegenden Fall Platz.

Auch soweit das Sozialgericht in seinem Urteil das Tätigwerden der Klägerin für eine Mehrzahl von Auftraggebern als Indiz für das Vorliegen einer selbständigen Tätigkeit gewürdigt hat, vermag der Senat dem im Lichte der neuesten Rechtsprechung des BSG nicht zu folgen. Zwar ist das BSG in der Vergangenheit davon ausgegangen, dass dieser Umstand zumindest dann für das Vorliegen einer selbständigen Tätigkeit spreche, wenn weitere typische Merkmale einer Selbständigkeit – wie insbesondere das werbende Auftreten am Markt – erfüllt seien (vgl.

BSG, Urteil vom 18. November 2015, [B 12 KR 16/13 R](#), [BSGE 120, 99](#) ff.; Urteil vom 4. September 2018, [B 12 KR 11/17 R](#), zitiert nach juris). Das Betreiben von Werbung lässt sich im Hinblick auf die Klägerin im vorliegenden Berufungsverfahren bejahen. Jedoch hält das BSG in seinem Urteil vom 7. Juni 2019 ([B 12 R 6/18 R](#), a.a.O.) die Tätigkeit für mehrere Auftraggeber selbst im Falle eines werbenden Marktauftritts des Auftragnehmers nicht mehr für ein für die Selbständigkeit sprechendes Indiz, weil die "Dispositionsfreiheit des Auftragnehmers schon insoweit berücksichtigt" worden sei, "als für die Beurteilung auf den jeweiligen Einzelauftrag abgestellt" werde. Letztlich kann deshalb die Freiheit zum Tätigwerden auch für andere Auftraggeber (auch solche, die in geschäftlicher Konkurrenz zu dem konkreten Auftraggeber stehen) und auch das tatsächliche Tätigsein für eine Vielzahl verschiedener Auftraggeber – ebenso wie das im Vergleich zu fest angestellten Pflegekräften evident höhere Risiko, ggf. keine Folgeaufträge des Auftraggebers zu bekommen – kein Indiz (mehr) für die Annahme einer selbständigen freiberuflichen Pflegetätigkeit sein. In den Blick genommen wird ausschließlich das einzelne Auftragsverhältnis zwischen dem Auftragnehmer und einem bestimmten Auftraggeber. Die tatsächlichen und rechtlichen Begleitumstände dieses Auftragsverhältnisses haben – soweit sie früher indizielle Wirkung für das Vorliegen einer selbständigen Tätigkeit haben konnten – außer Betracht zu bleiben. An seiner anderslautenden früheren Rechtsprechung (s. zuletzt Urteil des Senats vom 11. Mai 2017, [L 5 KR 73/15](#), recherchierbar in juris) hält der Senat, dem BSG folgend, nicht länger fest.

Die Tatsache, dass die Klägerin ihre Pflegeleistungen gegenüber den Kunden der Beigeladenen zu 1) in deren, der Kunden, Häuslichkeit erbracht hat, gibt für die – auch im Falle der statusrechtlichen Beurteilung von Pflegekräften, die als Freiberufler tätig sein wollen, maßgebliche – Frage nach dem Grad der Eingliederung in die Arbeitsorganisation der Pflegeeinrichtung und die damit eng verknüpfte Frage nach der Intensität eines Weisungsrechts, nichts her. Denn dass die ambulante Pflegetätigkeit dort und nicht woanders erbracht wird, versteht sich von selbst. Für eine erhebliche Einbindung der Klägerin in die Betriebsorganisation der Beigeladenen zu 1) spricht hingegen, dass die Klägerin – wie jede andere von der Beigeladenen zu 1) im ambulanten Einsatz beschäftigte Pflege(fach)kraft (und insbesondere auch wie die dort fest angestellten Pflegekräfte – die den jeweiligen Pflegebedürftigen betreffende Pflegedokumentation vor Ort in dessen Wohnung ausgefüllt und dort zum Zwecke der Information für die nachfolgend erscheinende ambulante Pflegekraft und zum Zwecke der Kontrolle der Pflegequalität durch den Medizinischen Dienst der Krankenversicherung belassen hat. Die Eingliederung der Klägerin in den Betrieb der Beigeladenen zu 1) spricht für ein Beschäftigungsverhältnis zwischen den Parteien des Auftrags.

Hinsichtlich der Vergütung der Klägerin hebt das Sozialgericht in dem hier angefochtenen Urteil ausschließlich auf eine Abrechnung nach Stundensätzen ab, nicht hingegen auf den (im Vergleich zum durchschnittlichen Stundenlohn einer bei der Beigeladenen zu 1) fest angestellten Pflegefachkraft mehr als doppelt so hohen) konkreten Stundensatz. Im Ergebnis wertet das Sozialgericht die Vergütungsmodalitäten als ein für selbständige Tätigkeit sprechendes Merkmal, weil die konkreten Stundensätze der Beigeladenen zu 1) von der Klägerin konkret – im Wege der mittels des in der Verwaltungsakte befindlichen Flyers abgegebenen invitatio ad offerendum – vorgegeben worden seien. Damit beschreibt das Sozialgericht einen Unterschied in den Verhandlungspositionen von Vertragsparteien: Während bei Vertragsverhandlungen zwischen Arbeitgeber und (potentiellem) Arbeitnehmer in der Regel ersterer vorgibt, in welcher Höhe die Arbeitsvergütung für welche Arbeitszeit gezahlt wird, ist es im Rahmen von Vertragsverhandlungen mit einem selbständigen Dienstleister in der Regel dieser, der seinem Kunden vorgibt, welchen Preis die von ihm angebotenen Dienstleistungen haben. Da das Auftragsverhältnis zwischen Klägerin und Beigeladener zu 1) nach letztgenanntem "Schema" zustande kam, mag die Wertung des Sozialgerichts, dies als Indiz für eine selbständige Tätigkeit anzusehen, zwar nachvollziehbar sein, sie steht aber nach Auffassung des Senats nicht im Einklang mit der höchstrichterlichen Rechtsprechung. Danach ist allein entscheidend, dass die Klägerin im Kern für ihre Tätigkeit risikolos ein fest definiertes Honorar erhielt (vgl. BSG, a.a.O.). Auf welche Weise die Honorarvereinbarung zustande gekommen ist, ist für die statusrechtliche Abwägungsentscheidung nicht erheblich.

Gleiches gilt für den von der Klägerin betonten Umstand, dass sie im Vergleich zu den bei der Beigeladenen zu 1) fest angestellten Pflegekräften eine deutlich höhere Vergütung erhielt. Das BSG hat in seinem vorstehend mehrfach zitierten Urteil vom 7. Juni 2019 zur regelmäßig höheren Vergütung von auf Grundlage von Dienstverträgen über eine freie Mitarbeit tätigen Pflegekräften – in nach Ansicht des Senats zustimmungswürdiger Weise – ausgeführt:

"Diese Einschränkung der indiziellen Bedeutung der Honorarhöhe ergibt sich daraus, dass die Sozialversicherung auch dem Schutz der Interessen der Mitglieder von in Pflichtversicherungssystemen zusammengeschlossenen Solidargemeinschaften verpflichtet ist. Den Beteiligten steht keine Dispositionsfreiheit in dem Sinne zu, dass sich der Auftraggeber durch die Vereinbarung eines Zuschlages zu einem üblichen Stundenlohn eines vergleichbaren abhängig Beschäftigten von der Sozialversicherungspflicht "freikaufen" kann. Ebenso führt eine überlegene Verhandlungsposition von Auftragnehmern schon aus Gleichbehandlungsgründen für sich genommen nicht dazu, dass sie aufgrund möglicher Eigenvorsorge aus den Pflichtversicherungssystemen entlassen wären. Das Recht der Sozialversicherung wird beherrscht vom Grundsatz der Solidarität aller abhängig Beschäftigten. Dieser Grundsatz schließt es aus, die Versicherungspflicht über die gesetzlich geregelten Tatbestände hinaus von einem individuellen Schutzbedürfnis abhängig zu machen, zumal dieses Schutzbedürfnis sich beim Einzelnen im Laufe der Zeit wandeln kann. Wenn die Versicherungspflicht solchen Wandlungen folgen würde, wäre die Gefahr einer negativen Risikoauslese gegeben".

Schließlich hat das Sozialgericht in seinem Urteil vom 24. November 2016 seine Wertung, wonach die Klägerin ihre Arbeit im Rahmen des streitgegenständlichen Auftragsverhältnisses in Form selbständiger Tätigkeit erbracht habe, noch darauf gestützt, dass die Klägerin ihre daraus resultierenden Einkünfte als Einkommen aus selbständiger Tätigkeit versteuert habe. Dieser Umstand ist jedoch nicht geeignet, indizielle Wirkung im Rahmen der statusrechtlichen Abwägungsentscheidung zu entfalten. Denn die sozialversicherungsrechtliche Beurteilung wird nicht durch die steuerrechtliche Bewertung determiniert, da zwischen arbeits- und sozialrechtlicher Einordnung einerseits und ihrer steuerrechtlichen Behandlung andererseits keine wechselseitige Bindungswirkung besteht (vgl. LSG Nordrhein-Westfalen, Urteil vom 14. März 2018, [L 8 R 1052/14](#), zitiert nach juris).

Auch der von der Klägerin im vorliegenden Rechtsstreit wiederholt vorgebrachte Umstand, dass sie ihre Tätigkeit in eigener Arbeitskleidung, die sich zudem optisch deutlich von der Dienstkleidung der bei der Beigeladenen zu 1) beschäftigten fest angestellten Pflegekräfte unterschied, erbracht und sich den Pflegebedürftigen auch stets als freie Mitarbeiterin vorgestellt habe, ist nach der aktuellen BSG-Rechtsprechung nicht als ein Indiz zu werten, das für eine selbständige Tätigkeit spricht. Denn während in der erst- und zweitinstanzlichen Rechtsprechung bislang dem Umstand, ob der Auftragnehmer gegenüber dem Kunden als Mitarbeiter des Auftraggebers auftrat oder nicht (vgl. LSG Nordrhein-Westfalen, Urteil vom 13. Juli 2016, [L 8 R 423/14](#), zitiert nach juris; SG Nürnberg, Urteil vom 15. Oktober 2016, [S 11 R 1105/13](#), zitiert nach juris) ein wesentliches Gewicht im Rahmen der statusrechtlichen Abwägungsentscheidung beigemessen wurde, hat

das BSG in seinem vorzitierten Urteil vom 7. Juni 2019 ausdrücklich erklärt: "Es spielt auch keine entscheidende Rolle, dass er [die sozialversicherungsrechtlich zu beurteilende Pflegekraft; Anm. des Senats] durch Arbeitskleidung und Namensschild als freiberufliche Pflegekraft auftrat und sich auch so vorstellte. Die Wahrnehmung der Tätigkeit durch Dritte ist für die rechtliche Bewertung der Eingliederung ohne Belang (BSG, Urteil vom 28.9.2011 - [B 12 R 17/09 R](#) - Juris RdNr 23 (hauswirtschaftliche Pflegerin))".

Nach Auffassung des Senats sind hier schließlich keine gewichtigen Indizien im Sinne des Urteils des BSG vom 7. Juni 2019 ([B 12 R 6/18 R](#), a.a.O.) gegeben, aufgrund derer die sozialversicherungsrechtliche Bewertung der Tätigkeit der Klägerin für die Beigeladene zu 1) ausnahmsweise dahin auszufallen hätte, dass die fragliche Tätigkeit als selbständig ausgeübt und mithin versicherungsfrei zu qualifizieren wäre.

Dies gilt zunächst für die Fahrt- bzw. Treibstoffkosten für ihren PKW, die der Klägerin aufgrund der Tätigkeit im ambulanten Pflegesektor und dem damit verbundenen Erfordernis, die Pflegebedürftigen in ihren jeweiligen Wohnungen aufsuchen zu müssen, in vergleichsweise großem Umfang entstanden sein dürften - insbesondere im Vergleich zu den Kosten, die einer in einem Pflegeheim tätigen Pflegekraft (wie es der Kläger in dem vom BSG am 7. September 2019 entschiedenen Fall war) für die Fahrten zwischen Wohnung und Arbeitsstätte regelmäßig entstehen. Denn solche erhöhten Fahrtkosten stellen bei lebensnaher Betrachtung den Regelfall bei einer ambulanten Pflegetätigkeit dar, nicht aber einen Ausnahmefall.

Auch der Umstand, dass sich die Klägerin vorliegend die erforderlichen Arbeitsutensilien vollständig selbst auf eigene Kosten beschafft hat, stellt nach Ansicht des Senats kein gewichtiges, für eine selbständige Tätigkeitsausübung sprechendes Indiz in vorgenanntem Sinne dar. Zwar streitet dieses Tätigkeitsmerkmal im Rahmen der sozialversicherungsrechtlichen Statusentscheidung für die Annahme einer Selbständigkeit, jedoch kommt ihm gegenüber der durch die regulatorischen Vorgaben im Sinne der BSG-Rechtsprechung geprägten tatsächlichen Gestaltung des Auftragsverhältnisses, die ganz eindeutig für ein Beschäftigungsverhältnis spricht, kein entscheidendes Gewicht im Rahmen der Abwägungsentscheidung zu (so auch LSG Hamburg, a.a.O.).

Etwas anderes folgt für den Senat auch nicht daraus, dass die Klägerin behauptet hat, dass in dem Fall, dass sie einen übernommenen Auftrag unvorhergesehen doch nicht ausführen konnte, dazu verpflichtet gewesen sei, eine Ersatzkraft zu stellen - und mithin auch zu finanzieren. Unabhängig davon, dass sich eine solche Verpflichtung keiner zwischen der Klägerin und der Beigeladenen zu 1) geschlossenen schriftlichen Vereinbarung entnehmen lässt (und insbesondere auch nicht den von der Klägerin entworfenen AGB) und der Senat von dem tatsächlichen Bestehen einer solchen Rechtspflicht für die Klägerin deshalb nicht überzeugt ist, stellte die Verpflichtung der Klägerin zur Stellung einer Ersatzkraft hier das einzige Indiz dar, das unter Beachtung der aktuellen höchstrichterlichen Rechtsprechung als für eine ausnahmsweise Selbständigkeit sprechend angesehen werden kann. Schon nach dem Wortlaut der Entscheidung des BSG vom 7. Juni 2019 ([a.a.O.](#)) müssen jedoch für eine entsprechende sozialversicherungsrechtliche Wertungsentscheidung mehrere solcher gewichtigen Indizien vorliegen - ein einzelnes reicht danach nicht aus.

Den schriftsätzlichen Vortrag der Beigeladenen zu 1), wonach die Klägerin zu keinem Zeitpunkt in die Dienstpläne der Beigeladenen zu 1) eingetragen worden sei, vermag der Senat nicht als ein gewichtiges Indiz mit Ausnahmecharakter zu werten. Denn insoweit erscheint der - unsubstantiierte - Vortrag nicht glaubhaft. Die Einsätze der Pflegekräfte durch die Beigeladene zu 1) mussten auch im hier relevanten Zeitraum zwangsläufig koordiniert werden, um einerseits zu verhindern, dass ein Kunde unversorgt blieb, aber auch, um zu verhindern, dass zwei Pflegekräfte zur selben Zeit zu einem Kunden entsandt wurden, obgleich dort nur von einer Person zu leistende Pflegetätigkeit zu verrichten war. Es erschließt sich dem Senat nicht, auf welche andere Weise als mittels des Dienst- bzw. Einsatzplans der Beigeladenen zu 1) diese Koordinierung hätte erreicht werden können. Zwar wurde die Klägerin von der Beigeladenen zu 1) in der Regel kurzfristig zur Kompensation eines ungeplanten Arbeitsausfalls aufgrund der Verhinderung einer fest angestellten Pflegekraft von der Beigeladenen zu 1) beauftragt, jedoch musste der Arbeitseinsatz für die Klägerin und auch für den Pflegedienst gleichwohl planbar bleiben. Die Nichtaufnahme der Klägerin in Dienst- und Einsatzpläne ließe sich damit schlichtweg nicht in Einklang bringen.

III. Die Kostenentscheidung beruht auf [§ 193 Abs. 1 Satz 1 SGG](#). Sie entspricht billigem Ermessen, weil sie dem Ausgang des Rechtsstreits in der Hauptsache folgt.

IV. Der Senat lässt die Revision gegen sein Urteil wegen grundsätzlicher Bedeutung der Rechtssache nach [§ 160 Abs. 2 Nr. 1 SGG](#) zu, weil das BSG bislang nicht entschieden hat, ob die von ihm für den stationären Pflegesektor aufgestellten Grundsätze zur Beurteilung des sozialversicherungsrechtlichen Status von vermeintlich freiberuflich tätigen Honorarpflegekräften für die statusrechtliche Abwägungsentscheidung betreffend solche Pflegekräfte, die im ambulanten Pflegesektor tätig sind, in gleicher Weise gelten. Dieser Frage kommt eine über den vorliegenden Rechtsstreit hinausreichende Bedeutung zu. Rechtsmittelbelehrung und Erläuterungen zur Prozesskostenhilfe

Rechtskraft
Aus
Login
SHS
Saved
2021-01-04