

## L 7 R 978/12

Land

Freistaat Bayern

Sozialgericht

Bayerisches LSG

Sachgebiet

Rentenversicherung

Abteilung

7

1. Instanz

SG München (FSB)

Aktenzeichen

S 11 R 2744/08

Datum

10.10.2012

2. Instanz

Bayerisches LSG

Aktenzeichen

L 7 R 978/12

Datum

16.07.2015

3. Instanz

Bundessozialgericht

Aktenzeichen

-

Datum

-

Kategorie

Urteil

Leitsätze

Werden im Auftrag eines ambulanten Pflegedienstes Tätigkeiten bei unterschiedlichen Patienten in deren Haushalt ausgeübt und erfolgt die Vergütung auf der Grundlage der geleisteten Stunden, so ist regelmäßig vom Bestehen einer abhängigen Beschäftigung auszugehen.

I. Auf die Berufung der Beklagten wird das Urteil des Sozialgerichts München vom 10. Oktober 2012 aufgehoben und die Klage gegen den Bescheid der Beklagten vom 20.12.2002 in Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 21.06.2004 in der Fassung der Änderungsbescheide vom 09.05.2012 und 30.08.2012 abgewiesen.

II. Die Klägerin trägt die Kosten des Verfahrens.

III. Die Revision wird nicht zugelassen.

IV. Der Streitwert wird auf 5.000,00 EUR festgesetzt.

Tatbestand:

Streitig ist die sozialversicherungsrechtliche Beurteilung der Tätigkeit der Beigeladenen zu 1) für die Klägerin nach [§ 7a](#) Viertes Buch Sozialgesetzbuch (SGB IV) in der Zeit vom 03.12.2001 bis 02.02.2008.

Die Klägerin ist Rechtsnachfolgerin der Firma V. - Außerklinische Intensivpflege B. GmbH & Co.KG -, die am 01.10.2001 einen Sammelantrag zur Statusfeststellung für sämtliche für sie tätigen freiberuflichen Mitarbeiter gestellt hat.

Die Klägerin ist im Bereich der ambulanten Krankenpflege auf die Pflege schwerstkranker Menschen spezialisiert, insbesondere auf die Versorgung von tracheotomierten und langzeitbeatmeten Menschen. Das Konzept der Klägerin besteht nach deren Angaben darin, zunächst eine außerklinische 24-Stunden-Intensivversorgung ihrer Patienten nach deren Entlassung aus einer stationären Einrichtung bis zu sechs Wochen sicherzustellen. Der Hausarzt und der Pflegedienst könnten nach sechs Wochen beurteilen, wie bei der weiteren Pflege vorzugehen sei, insbesondere ob weiterhin eine 24-Stunden-Versorgung durch entsprechend geschultes Fachpersonal notwendig sei.

Mit ihren Patienten schließt die Klägerin insoweit Betreuungsverträge, die eine 24-Stunden-Versorgung durch die Klägerin sicherstellen. Hierzu bedient sich die Klägerin zum Teil abhängig Beschäftigter, zum Teil freier Mitarbeiter. Die Zusammenarbeit der Klägerin mit ihren freien Mitarbeitern - auch mit der Beigeladenen zu 1) - basiert auf einem "Kooperationsvertrag". Die freien Mitarbeiter sind nach diesem standardmäßig, auch bei der Beigeladenen zu 1) verwendeten Mustervertrag "Erbringer von Pflegefachleistungen im Bereich der Beatmung und ambulanten Tracheostomaversorgung".

Der Kooperationsvertrag hat im Wesentlichen folgenden Inhalt:

\* Der Vertrag regelt die Rahmenbedingungen der Zusammenarbeit (§ 1).

\* Die Tätigkeit erfolgt über Einzelaufträge (§ 2), die regelmäßig - eventuelle Abweichungen wären im Einzelfall schriftlich festzuhalten - folgenden Leistungskatalog umfasst:

o Überwachung und Kontrolle der medizintechnischen Geräte

o Beratung und Anleitung von Patient und ggf. Angehörigen in fachpflegerischen Fragen

o Ganzheitliche fachpflegerische Versorgung

o Ermittlung von Daten und Gegebenheiten, die für die weitere Beratung/Behandlung von Bedeutung sein könnten

- o Beratung der Klägerin in speziellen Fachfragen
- o Durchführung der notwendigen Kommunikation nach Ermessen der Auftragnehmerin (hier: Beigeladene zu 1), insbesondere zwischen Klägerin und Patient und Patient und anderen Stellen.
- \* Ort und Durchführung des Einzelauftrags orientiert sich an den Bedürfnissen des Patienten (§ 3).
- \* Ersatzkräfte können anstelle des Auftragnehmers tätig werden, wobei die "Vertreterbestellung des Nachweises der Qualifikation" gegenüber der Klägerin bedarf (§ 3).
- \* Auftragsangebote werden in "Abrechnungsperioden" nach zeitlicher und fachlicher Kompetenz vom freien Mitarbeiter angeboten, dabei ggf der Nachweis der Qualifikation eines Vertreters erbracht, und von der Klägerin geprüft, angenommen oder abgelehnt oder Alternativaufträge angeboten (§ 4). \* Die Durchführung der Aufträge erfolgt durch den freien Mitarbeiter eigenständig (§ 5).
- \* Die Vergütung (§ 6) erfolgt nach zeitlichem Aufwand durch ein Stundenhonorar oder mit einem projektbezogenen Gesamtbetrag, wobei Stundenhonorar bzw. Projektvergütung im Einzelfall ausgehandelt werden. Bei Stundenhonorar erfolgt Rechnungsstellung durch den freien Arbeitnehmer am Ende des vereinbarten Abrechnungszeitraums, bei Projektvergütung am Ende des Projekts, wobei Abschlagszahlungen möglich sind.
- \* Der freie Mitarbeiter bzw sein Vertreter muss eine Berufshaftpflichtversicherung abschließen (§ 7).
- \* Die Gewährleistung des freien Mitarbeiters bestimmt sich nach dem Gesetz (§ 7).
- \* Die Vertragspartner tauschen alle notwendigen Informationen aus (§ 8).
- \* Der Kooperationsvertrag ist für beide Seiten jederzeit kündbar (§ 9).
- \* Übernommene Einzelaufträge können nicht vor Beendigung des Projekts bzw. des Abrechnungszeitraums ordentlich gekündigt werden (§ 9), wobei hilfsweise [§ 621 BGB](#) anwendbar ist.
- \* Der freie Mitarbeiter ist zur Verschwiegenheit (Datenschutz) und Rückgabe erhaltener Unterlagen verpflichtet (§ 10).
- \* Der freie Mitarbeiter kann für andere Auftraggeber tätig werden, unterliegt aber im Hinblick auf einen konkreten Auftrag einem "Wettbewerbsverbot" dergestalt, dass er in dieser Zeit mit dem Patienten keine eigenen Verträge schließen darf (§ 11). Der Kooperationsvertrag hat zum Anhang eine Liste, in der die im Rahmen eines Einzelauftrags zu leistenden Stunden mit Datum und Stundenangabe einzutragen sind.

Die Beigeladene zu 1) stellte am 04.03.2002 für ihre am 03.12.2001 bei der Klägerin begonnenen Tätigkeit, der sie auf der Grundlage des dargestellten Kooperationsvertrag mit einem regelmäßig vereinbarten Stundenhonorar von 20,00 Euro netto bis zum 02.02.2008 nachging, einen Statusfeststellungsantrag. Im streitgegenständlichen Zeitraum unterschritt die Beigeladene zu 1) die Geringfügigkeitsgrenze nicht. Mit Bescheid vom 20.12.2002 gegenüber der Beigeladenen zu 1) stellte die Beklagte daher fest, dass für die Beigeladene zu 1) im Hinblick auf ihre Tätigkeit bei der Klägerin Sozialversicherungspflicht wegen abhängiger Beschäftigung bestünde.

Gegen diesen Bescheid legte die Klägerin Widerspruch ein, um insoweit ein Musterverfahren für ihre zahlreichen freien Mitarbeiter durchzuführen.

Mit Widerspruchsbescheid vom 21.06.2004 wurde der Widerspruch der Klägerin betreffend den Statusfeststellungsbescheid betreffend die Beigeladene zu 1) als unbegründet zurückgewiesen. Die Beigeladene zu 1) übe die Tätigkeit im Bereich der ambulanten Pflege schwerstkranker Menschen für die Klägerin im Rahmen eines abhängigen und damit dem Grunde nach sozialversicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnisses aus. Die Beigeladene zu 1) sei in den Betrieb der Klägerin eingegliedert gewesen. Ort und Zeit der Arbeitsleistung seien der Beigeladenen zu 1) vorgegeben, da sie sich nach den Erfordernissen des Patienten und/oder seiner Angehörigen richten müsse. Eine Dispositionsmöglichkeit bestünde nicht. Die Art der Tätigkeit und ihr zeitlicher Umfang gewährten der Beigeladenen zu 1) keine entsprechenden Freiheiten. Hinsichtlich der Ausübung der Tätigkeit sei der Beigeladenen zu 1) die Art und Weise der Pflegeleistung vorgegeben. Die Klägerin setze den äußeren Rahmen, innerhalb dessen die Beigeladene zu 1) tätig sei. Die Beigeladene zu 1) sei an die Weisungen der Patienten gebunden, die diese aufgrund ihres Pflegevertrages mit der Klägerin erteilen dürften. Die Beigeladene zu 1) sei ausschließlich im Namen und auf Rechnung der Klägerin tätig. Eine Abrechnung ihrer Leistung mit den Patienten und den Kranken- und Pflegekassen erfolge nicht. Nach außen erscheine die Beigeladene zu 1) als Mitarbeiterin der Klägerin. Eigene Angestellte habe die Beigeladene zu 1) nicht eingesetzt. Zudem trage die Beigeladene zu 1) kein eigenes Unternehmerrisiko, da die Beigeladene zu 1) ihre Arbeitskraft nicht mit ungewissem Erfolg einsetze. Eine Vergütung erfolge nach Ableistung der Dienste nach Anzahl der geleisteten Stunden. Die Beigeladene zu 1) bringe ausschließlich ihre eigene Arbeitskraft ein und sei funktionsgerecht dienend für eine fremde Arbeitsorganisation tätig. Eigene Arbeitsmittel etc. würden für die Tätigkeit der Klägerin nur in geringem Maße eingesetzt. Selbst wenn die Beigeladene zu 1) über eigene Kommunikationsmittel wie Telefon und Computer bzw. geeignete Kleidung für die ausgeübte Tätigkeit verfüge, werde hierdurch kein unternehmerisches Risiko mit eigenständigem Gewinn- und Verlustrisiko begründet. Die Tragung eines gewissen finanziellen Aufwands für Bildungsmaßnahmen sei für die Beigeladene zu 1) ebenso wie für andere Arbeitnehmer nicht unüblich.

Hiergegen erhob die Klägerin fristgerecht Klage zum Sozialgericht München (Az S 11 R 5109/04). Das Verfahren wurde zum Ruhen gebracht und auf Antrag des Klägers vom 15.10.2008 fortgesetzt (Az [S 11 R 2744/08](#)).

Im Laufe des erstinstanzlichen Verfahrens erließ die Beklagte in Umsetzung der zwischenzeitlich erfolgten Rechtsprechung des Bundessozialgerichts den Bescheid vom 09.05.2012, in dem die Beklagte feststellte, dass die Tätigkeit der Beigeladenen zu 1) bei der Klägerin versicherungspflichtig in der Krankenversicherung, in der Pflegeversicherung, in der Rentenversicherung sowie nach dem Recht der Arbeitsförderung sei. Dieser Bescheid wurde nach [§ 96 Abs. 1 SGG](#) Gegenstand des anhängigen Verfahrens.

Mit weiterem Bescheid vom 30.08.2012 korrigierte die Beklagte den Änderungsbescheid vom 09.05.2012 hinsichtlich des Tätigkeitszeitraums dahingehend, dass streitgegenständliche Zeit die Zeit vom 03.12.2001 bis 02.02.2008 ist. Dieser Bescheid wurde ebenfalls nach [§ 96 SGG](#) Gegenstand des anhängigen Verfahrens.

Mit Urteil vom 10.10.2010 hob das Sozialgericht die streitgegenständlichen Bescheide auf und stellte fest, dass die von der Beigeladenen zu 1) für die Klägerin in der Zeit vom 03.12.2001 bis 02.02.2008 verrichtete Tätigkeit selbständig und nicht im Rahmen eines abhängigen, dem Grunde nach versicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnisses ausgeübt worden sei. Im Rahmen einer Gesamtbewertung sei davon auszugehen, dass die Beigeladene zu 1) selbständig für die Klägerin tätig gewesen sei. Die Beigeladene zu 1) sei in der streitgegenständlichen Zeit hauptberuflich als Krankenschwester in einem Krankenhaus beschäftigt gewesen und habe deshalb nach eigener freier zur Verfügung stehender Zeit der Klägerin ihre Arbeitskraft angeboten. Außerdem habe die Beigeladene zu 1) auswählen

können, welche Patienten sie übernehmen wolle. Insofern sei die Beigeladene zu 1) in ihrer Entscheidung, wieviel Zeit sie der Klägerin anbiete, frei gewesen. Es habe keine Arbeitszeitvereinbarungen gegeben, die die Beigeladene zu 1) pro Monat habe einhalten müssen. Im Gegensatz zu festangestellten Mitarbeitern habe die Beigeladene zu 1) Aufträge ablehnen können und dies auch getan. Die Beigeladene zu 1) habe die Möglichkeit gehabt, eine Ersatzfachkraft zu stellen. Als ausgebildete Fachkrankenschwester für Anästhesie und intensive Medizin habe sie nicht an den von der Klägerin angebotenen Schulungen teilgenommen, die für sie freiwillig gewesen seien. Fortbildungen habe die Beigeladene zu 1) aus eigenem Antrieb besucht und selbst bezahlt. Die Beigeladene zu 1) habe die Pflege ihrer Patienten völlig selbstständig organisiert. Sie habe nach der Krankenhausentlassung von Patienten für diese entsprechende Pflegebetten und Beatmungsgeräte besorgt und auch Ärzte empfohlen, die sich mit bestimmten Erkrankungen von Patienten (z.B. Beatmung) auskennen würden. Die Beigeladene zu 1) sei auch nicht finanziell von der Klägerin abhängig gewesen, nachdem sie hauptberuflich im Krankenhaus R. tätig gewesen sei. Zusätzlich sei die Beigeladene zu 1) auch in der Hospizbegleitung und der Tracheostomaberatung, zum Teil im Krankenhaus R., tätig gewesen.

Anders als die festangestellten Mitarbeiter der Klägerin habe die Beigeladene zu 1) einen eigenen PKW eingesetzt, der ihr auch nicht zusätzlich vergütet worden sei. Die Beigeladene zu 1) sei in keiner Weise in den Arbeitsablauf der Klägerin eingebunden gewesen. Sie habe nicht an Dienstbesprechungen teilnehmen müssen und ihren Urlaub nicht genehmigen lassen müssen.

Die Beigeladene zu 1) habe auch ein unternehmerisches Risiko getragen. Sie habe mit der Klägerin Stundensätze ausgehandelt, die je nach Patient unterschiedlich gewesen seien. Im Falle, dass der Patient an dem Tag, an dem die Beigeladene die Pflege übernommen hatte, ins Krankenhaus musste, erfolgte keine Bezahlung. Die Beigeladene habe auch das Risiko, bei eigener Erkrankung kein Geld von der Klägerin zu erhalten, selbst getragen.

Die Pflgetätigkeit habe sich in erster Linie nach den ärztlichen Vorgaben, dem Patientenwunsch und den im Einzelfall bestehenden Behinderungs- und Funktionsausfällen bestimmt. Die Beigeladene zu 1) habe als Fachkrankenschwester über ausreichende Fachkenntnisse verfügt, um in Eigenverantwortung und selbstständig die Pflege der Patienten durchzuführen. Die Beigeladene zu 1) habe als fachlich qualifizierte Kraft weisungsfrei die Pflegeleistungen ohne Einordnung in den Betrieb der Klägerin erbracht. Anders als festangestellte Pflegekräfte habe sich die Beigeladene stets um die Erteilung von Pflegeaufträgen selbst bemühen müssen.

Die Beigeladene habe eine Berufshaftpflichtversicherung abgeschlossen, wohingegen festangestellte Mitarbeiter keine Berufshaftpflicht bräuchten, da in Haftpflichtfällen der Arbeitgeber, also die Klägerin, aufkomme.

Auch bestünden keine Bedenken aufgrund des Umstandes, dass die Beigeladene zu 1) die Vergütung von der Klägerin erhalten habe und nicht mit der Krankenkasse oder dem Patienten selbst abgerechnet habe.

Gegen das Urteil des Sozialgerichts hat die Beklagte am 14.11.2012 Berufung zum Bayerischen Landessozialgericht eingelegt.

Dass die Beigeladene zu 1) frei in ihrer Entscheidung gewesen sei, in welchem zeitlichen Umfang sie der Klägerin ihre Arbeitskraft angeboten habe, sei kein Indiz für eine selbstständige Tätigkeit. Auch im Rahmen abhängiger Beschäftigungsverhältnisse seien Vertragsgestaltungen nicht unüblich, die es weitgehend dem Arbeitnehmer überließen, ob er im Anforderungsfall tätig werden will oder ob ein konkretes Angebot im Einzelfall ablehnt. In Fällen, in denen auf Abruf oder in Vertretungssituation lediglich im Bedarfsfall auf bestimmte Kräfte zurückgegriffen werde, könne dem Arbeitnehmer die Möglichkeit eingeräumt sein, ein konkretes Arbeitsangebot abzulehnen. Nehme der Betroffene das angetragene Angebot jedoch an, übe er diese Tätigkeit im Rahmen einer abhängigen Beschäftigung aus und werde nicht allein wegen der grundsätzlich bestehenden Ablehnungsmöglichkeit zum selbstständig Tätigen.

Dass die Beigeladene zu 1) nach der vertraglichen Vereinbarung nicht zu einer höchstpersönlichen Leistungserbringung verpflichtet, sondern ausdrücklich zum Einsatz von Erfüllungsgehilfen berechtigt gewesen sei, habe nach der Rechtsprechung des BSG lediglich eingeschränkter Indizcharakter. Vertragsklauseln, die faktisch von untergeordneter Bedeutung seien, könnten zwar in die vorzunehmende Gesamtwürdigung einbezogen werden, könnten aber nicht von vornherein als prägend angesehen werden. Hier habe die Beigeladene zu 1) von dieser vertraglichen Regelung ohnehin keinen Gebrauch gemacht.

Ein unternehmerisches Risiko sei nicht erkennbar, da weder Kapital noch die eigene Arbeitskraft unter Gefahr des Verlustes eingesetzt worden seien.

An einer Einordnung in die betriebliche Organisation fehle es nicht deshalb, weil die Beigeladene sich um eine Erteilung von Pflegeaufträgen selbst bemühen musste. Ob eine Einordnung in eine betriebliche Organisation vorliege, könne sich erst bei tatsächlicher Ausübung einer Tätigkeit erweisen und nicht an der Form des Zustandekommens eines Auftrags.

Die Beklagte und Berufungsklägerin beantragt, das Urteil des Sozialgerichts München vom 10. Oktober 2012 aufzuheben und die Klage gegen den Bescheid vom 20.12.2002 in Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 21.06.2004 in der Fassung der Änderungsbescheide vom 09.05.2012 und 30.08.2012 abzuweisen.

Die Klägerin und Berufungsbeklagte beantragt, die Berufung zurückzuweisen.

Die Beigeladene zu 1) habe ihre Arbeitskraft frei zur Verfügung gestellt. Im Falle einer abhängigen Beschäftigung hätte eine Arbeitsverpflichtung derart bestanden, dass die Arbeitgeber einseitig die Arbeitszeiten festlegen und bestimmen können. Dieser Festlegung könne der Arbeitnehmer nicht einseitig widersprechen. Der Arbeitgeber bestimme gegenüber dem Arbeitnehmer, wann er ihn abrufe. Dies ergebe sich aus dem Teilzeitbefristungsgesetz.

Dass jemand zu einem Pool von Einsatzkräften gehöre, die zur Erfüllung anderer Personen obliegender Verpflichtungen gegenüber Dritten bereitstünden, besage über deren Eingliederung in den Betrieb nichts.

Die Beigeladene zu 1) habe ein Unternehmensrisiko getragen. Sie habe für die Fahrtkosten selber aufkommen müssen. Sie habe das Risiko getragen, einen konkreten Auftrag zu erhalten. Außerdem habe die Haftung der Beigeladenen zu 1) für diese ein unternehmerisches Risiko

dargestellt. Das Sozialgericht München habe zutreffend festgestellt, dass das unternehmerische Risiko der Beigeladenen zu 1) in einem eigenständigen Aushandeln der Stundensätze, die je nach Patient variierten. Dies sei nicht arbeitnehmertypisch. Der Ausfall des Verdienstes bei Kundeninsolvenz berge ein Risiko auch im Hinblick auf das eingesetzte Kapital, was sich der Einsatz von Reisekosten bei vorzeitigem Abbruch des Einsatzauftrages etwa Versterben des Kunden oder Krankenhausverlegung oder Heimeinweisung nicht mehr lohnen könnte, ebenso amortisierten sich aufgewandte Ausbildungs- und Fortbildungskosten nicht mehr.

Die Beigeladene zu 1) habe ihre Kosten nach Entfernung, Aufwand der Pflege und Anfahrt kalkuliert und individuell ausgehandelt. Sie habe ihre Aufträge nach eigenen persönlichen Kriterien und Gegebenheiten aussuchen können; es habe weder vertraglich noch tatsächlich Vorgaben hinsichtlich der ausgeführten Tätigkeit gegeben.

Den Umfang der Arbeitszeit habe die Beigeladene zu 1) selbstständig nach eigenen Vorstellungen festgelegt und der Klägerin vorgegeben. Die Anfertigung einer Pflegedokumentation sei zwar vorgegeben gewesen. Diese habe aber lediglich die aktuellen Handlungsabläufe widergegeben und sei von der Klägerin nicht geprüft, sondern lediglich archiviert worden. Die Dokumentationspflicht resultiere aus der vertraglichen Nebenpflicht zum Pflegevertrag. Die Klägerin und die Beigeladene hätten im Übrigen kein Sozialversicherungsangestelltenverhältnis gewollt, da die Beigeladene zu 1) bereits fest angestellt im Krankenhaus gewesen sei.

Die Beigeladenen haben keine Anträge gestellt.

Entscheidungsgründe:

Die zulässige Berufung der Beklagten ist begründet.

Das Urteil des Sozialgerichts ist aufzuheben und die Klage gegen die streitgegenständlichen Bescheide abzuweisen. Die angefochtenen Bescheide der Beklagten sind rechtmäßig und verletzen die Klägerin und die Beigeladene zu 1) nicht in ihren Rechten. Die Beklagte hat zutreffend festgestellt, dass die Beigeladene zu 1) im streitigen Zeitraum in ihrer für den privaten ambulanten Pflegedienst der Klägerin ausgeübten Tätigkeit als Pflegerin und Betreuerin schwerstkranker Menschen wegen einer abhängigen Beschäftigung in den Zweigen der Sozialversicherung und in der Arbeitslosenversicherung versicherungspflichtig war.

Die Beklagte ist in ihren Bescheiden in dem von der Klägerin nach [§ 7a SGB IV](#) eingeleiteten Antragsverfahren, in dessen Rahmen sie über die Frage der Sozialversicherungspflicht wegen Beschäftigung der Beigeladenen zu 1) auch - wie hier - nach Beendigung der zu beurteilenden Tätigkeit entscheiden darf (vgl. BSG SozR 4-2400 § 7 a Nr. 3 Rdn. 32), auf der Grundlage einer Gesamtwürdigung aller tatsächlichen Umstände des hier zu beurteilenden Einzelfalls (vgl. [§ 7 a Abs. 2 SGB IV](#)) zutreffend zu dem Ergebnis gelangt, dass die Beigeladene zu 1) in ihrer für die Klägerin ausgeübten Tätigkeit als Krankenschwester in der ambulanten Pflege Schwerstkranker der Versicherungspflicht unterlag.

Beurteilungsmaßstab für das Vorliegen einer abhängigen Beschäftigung ist [§ 7 Abs. 1 SGB IV](#). Danach ist Beschäftigung die nichtselbständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis.

Eine Beschäftigung im Sinne dieser Vorschrift setzt voraus, dass der Arbeitnehmer vom Arbeitgeber persönlich abhängig ist. Bei einer Beschäftigung in einem fremden Betrieb ist es regelmäßig der Fall, wenn der Beschäftigte in den Betrieb eingegliedert ist und er dabei eine Zeit, Dauer Ort und Art der Ausführung umfassenden Weisungsrecht des Arbeitgebers unterliegt. Demgegenüber ist eine selbständige Tätigkeit vornehmlich durch das eigene Unternehmensrisiko, 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 selbständig tätig ist, hängt davon ab, welche Merkmale überwiegen. Maßgebend ist stets das Gesamtbild der Arbeitsleistung. Dieses bestimmt sich nach den tatsächlichen Verhältnissen, zu denen die rechtlich relevanten Umstände gehören, die im Einzelfall eine wertende Zuordnung zum Typus der abhängigen Beschäftigung erlauben (ständige Rechtsprechung des BSG, vgl. etwa Urteil vom 29.08.2012, [B 12 KR 25/10 R](#)). Maßgeblich ist die zwischen den Beteiligten praktizierte Rechtsbeziehung und die praktizierte Beziehung so, wie sie rechtlich zulässig ist. Ausgangspunkt der Prüfung sind dabei jeweils die vertraglichen Vereinbarungen, soweit solche bestehen.

Rechtlicher Ausgangspunkt der Zusammenarbeit der Klägerin und der Beigeladenen zu 1) im Interesse der schwerstkranken Patienten ist hier der schriftliche Kooperations-Rahmenvertrag, aus dem sich die Grundsätze der Zusammenarbeit der Beigeladenen zu 1) mit der Klägerin ergeben. Der Rahmenvertrag sieht im Wesentlichen vor, dass die Beigeladene zu 1) von der Klägerin Einzelaufträge erhält, für die jeweils dann noch weitere, dem Einzelauftrag gerecht werdende Vertragsbedingungen, ggf. auch eine abweichende Höhe der Vergütung, ausgehandelt und dann schriftlich festgehalten werden müssen.

Deshalb hat eine Bewertung der Tätigkeit am Maßstab der von der Rechtsprechung für die Abgrenzung zwischen selbstständiger Tätigkeit und Beschäftigung entwickelten Grundsätze zunächst im Hinblick auf den Rahmenvertrag, aber auch an den Bedingungen der konkreten Einsatzaufträge erfolgen.

Dabei ist davon auszugehen, dass eine Tätigkeit wie sie von der Beigeladenen zu 1) als Pflegefachkraft ausgeführt wurde sowohl als Beschäftigung als auch im Rahmen eines freien Dienstes weiter ausgeübt werden kann (vgl. BSG Urteil vom 28.09.2011, Az.: [B 12 R 17/09 R](#) Rdz. 17 sowie BSG Beschluss vom 13.02.2014 Az.: [B 12 R 21/13 B](#)). Maßgebend sind die Umstände des Einzelfalls auf der Grundlage der Feststellungen der Tatsacheninstanzen (BSG a.a.O. Rdz. 30).

Bei Anwendung dieser Grundsätze stand die Beigeladene zu 1) bei Durchführung ihrer Einzelaufträge zur Klägerin in einem abhängigen Beschäftigungsverhältnis. Die Bewertung und Gewichtung der genannten Abgrenzungsmerkmale zeigen, dass das tatsächlich praktizierte Vertragsverhältnis dem einer abhängig Beschäftigten entspricht, die eine Tätigkeit als Teilzeittätigkeit verrichtet, wohingegen die Aspekte, die für eine Qualifikation der Tätigkeit als selbständige Tätigkeit sprechen, in den Hintergrund treten.

Obwohl der zwischen der Klägerin und der Beigeladenen zu 1) geschlossene Kooperationsvertrag einige Elemente enthält, die für eine selbständige Tätigkeit sprechen (zB der im Vertrag festgehaltene Wunsch der Vertragspartner, dass eine selbständige Tätigkeit ausgeübt werde; die Möglichkeit, eine Ersatzkraft zu stellen, Abschluss einer Berufshaftpflichtversicherung), spricht die tatsächliche Ausgestaltung des Vertragsverhältnisses, wie sie sich aus den Angaben der Beteiligten erschließt, überwiegend für eine abhängige Beschäftigung. Insbesondere lassen sich keine wesentlichen, gerade einer Selbständigkeit das Gepräge gebenden Freiräume für die Tätigkeit des Beigeladenen zu 1) feststellen, die einem in vergleichbarer in der Betreuung schwerstkranker Menschen tätigen abhängigen Beschäftigten nicht zugestanden hätten (vgl. zu diesem Kriterium BSG, Urteil v. 25.04.2012, [B 12 KR 24/10 R](#); LSG NRW Urteil vom 18. Juni 2014, [L 8 R 1052/12](#) Rz 149).

Werden im Auftrag eines ambulanten Pflegedienstes Tätigkeiten bei unterschiedlichen Patienten in deren Haushalt ausgeübt und erfolgt die Vergütung auf der Grundlage der geleisteten Stunden, so ist nämlich regelmäßig vom Bestehen einer abhängigen Beschäftigung auszugehen (LSG NRW Urteil vom 27.11.2012, [L 8 R 900/11](#) unter Bezugnahme auf die Entscheidung des BSG vom 28.09.2011 [B 12 R 17/09 R](#) und bestätigt vom BSG Beschluss vom 13.02.2014, [B 12 R 21/13 B](#)).

Betrachtet man die Fallkonstellationen, wie sie zum einen BSG vom 28.09.2011 [B 12 R 17/09 R](#) und zum anderen LSG NRW Urteil vom 27.11.2012, [L 8 R 900/11](#), bestätigt vom BSG mit Beschluss vom 13.02.2014, [B 12 R 21/13 B](#), zugrunde lag, so kommt der Senat im vorliegenden Fall bei Würdigung und Wertung der Einzelumstände zum Ergebnis, dass die Beigeladenen zu 1) bei der Klägerin abhängig beschäftigt waren.

Eine vertragliche Bindung zwischen den Patienten und der Beigeladenen zu 1) bestand nicht. Die Beigeladene zu 1) hat im Auftrag der Klägerin unterschiedliche Patienten als nicht selbständige Erfüllungsgehilfin der Klägerin betreut. Die Klägerin schloß mit den Patienten Behandlungsverträge ab, die eine Betreuung der Patienten ausschließlich durch die Klägerin vorsahen. Zur Erfüllung ihrer Pflichten aus diesem Vertrag bediente sich die Klägerin der Beigeladenen zu 1), die ihre Rechnung gegenüber der Klägerin stellte. Art und Umfang der Tätigkeit, die bei den einzelnen Patienten verrichtet wurden, ergaben sich aus den entsprechenden Vorgaben im Hinblick auf die Bezahlung der Klägerin durch die Pflegekasse. Vertragliche Vereinbarungen zwischen der zu pflegenden Person und den Beigeladenen zu 1) und zu 2) gab es jeweils nicht. Die Abrechnung der gegenüber dem Patienten erbrachten Leistung erfolgte ausschließlich durch die Klägerin gegenüber den jeweiligen Leistungsträgern, insbesondere den Kranken- und Pflegekassen.

Die Pflege damit ist letztlich von der Klägerin organisiert worden, die hierfür letztverantwortlich war und demgemäß als vertraglich gegenüber den Patienten Verpflichtete mit der Kranken- bzw Pflegekasse die Leistungen abgerechnet hat. Die Beigeladene zu 1) war in die Organisation und Sicherstellung der umfassenden und lückenlosen Pflege des Einzelnen entsprechend den Vorgaben der Auftraggeber der Klägerin eingebunden und damit auch den Weisungen der Klägerin unterlegen. Die Sicherstellung der Pflege oblag allein der Klägerin, die den Einsatz der einzelnen Kräfte organisieren musste und hierfür auch einen für alle Pflegekräfte verbindlichen Zeitplan erstellte. Bei Übernahme eines Auftrags musste die Beigeladene zu 1) die verbindlich übernommenen Stunden auch erbringen, unabhängig davon, ob es sich um einen Auftrag mit stundenweiser Vergütung oder um einen Auftrag mit einmaliger Projekt-Gesamtvergütung handelte. Entsprechend ist im Kooperationsvertrag auch festgelegt, dass nach Übernahme eines Auftrags eine Vertretung der Beigeladenen zu 1) nur mit Zustimmung der Klägerin möglich war und der übernommene Einzelauftrag auch nicht mehr ordentlich kündbar war. Die für die Klägerin tätigen Kräfte waren jeweils Teil der Organisation der Klägerin zur Sicherstellung der Pflege und Versorgung ihrer Kunden bzw. Patienten. Sie gingen in dieser Organisation auf.

Auch die beschriebenen Einweisungen, die Bindungen an die im Haushalt ausliegenden Dokumentationen und sonstigen Kontakte bezüglich Nachfragen und notwendigen Koordinierungen mit den im Haushalt tätigen anderen Pflegekräften der Klägerin, die im Hinblick auf die notwendige Abrechnung mit den Pflegekassen notwendigen Feststellungen des Ergebnisses der Arbeiten der Beigeladene zu 1), ergeben, dass die Beigeladene zu 1) bei ihrer Tätigkeit in den pflegerischen Ablauf deshalb in den Betrieb der Klägerin eingegliedert war (vgl. LSG NRW Urteil vom 21. November 2012, [L 8 R 900/11](#) Rz 40). Insbesondere mussten Informationen über die Tätigkeiten, die jeweils zu verrichten waren, nicht nur beim ersten Mal bzw. im Rahmen der Übernahme des konkreten Einzelauftrags ausgetauscht werden. Zur Sicherstellung der Qualität der Pflege musste die Beigeladene zu 1) die Klägerin vielmehr stets dann von sich aus informieren, wenn dies zur ordnungsgemäßen Pflege notwendig war, wie sich auch aus § 5 des Kooperationsvertrages ergab.

Soweit der Kläger demgegenüber darauf abhebt, es habe der Beigeladenen zu 1) jeweils freigestanden, welche konkreten Termine sie übernahm, stellt dies kein wesentliches Merkmal für eine selbständige Tätigkeit dar. Flexible Arbeitszeiten sind häufig auch in abhängigen Beschäftigungen anzutreffen, da Arbeitgeber zunehmend durch flexible Arbeitszeitsysteme wie Gleitzeit etc. den persönlichen Bedürfnissen ihrer Arbeitnehmer entgegenkommen, aber solche Systeme auch zu ihrem Vorteil nutzen, um z.B. zum Teil schwankenden Arbeitsanfall abfedern und teure Arbeitskraft effektiver einsetzen zu können. Dies gilt umso mehr für Tätigkeiten, die nicht in Vollzeit, sondern - wie hier - in Teilzeit ausgeübt werden und so nicht die gesamte Arbeitskraft des Beschäftigten in Anspruch nehmen. Wenn die Beigeladene zu 1) nämlich einen Termin im Rahmen ihres Einzelauftrags zusagte, bestand für sie keine Gestaltungsfreiheit hinsichtlich der zeitlichen Einteilung der auszuführenden Tätigkeiten mehr. In der Gesamtbewertung hat zudem wenig Gewicht, dass die tägliche Ausgestaltung der konkret vorzunehmenden Tätigkeiten in den Privathaushalten der zu betreuenden Patienten durch eine Eigenverantwortlichkeit und Selbstständigkeit der Beigeladenen zu 1) geprägt war, wenn sie im Rahmen ihrer Kenntnisse und Fähigkeiten als ausgebildete Krankenschwester für Schwerstkranken - mit zusätzlich erworbenen Spezialkenntnissen - tätig wurde. Denn auch eine eigenständige Entscheidungs- und Gestaltungsbefugnis bei der konkreten Ausgestaltung einer Tätigkeit führt regelmäßig nicht zur Selbstständigkeit im Sinne einer unternehmerischen Tätigkeit. Vielmehr ist es gerade auch für abhängige Beschäftigung typisch, dass der Grad der Eigenständigkeit der Ausführung mit dem Grad der Qualifikation des Mitarbeiters und seiner Verantwortung für den Erfolg des Gesamtunternehmens wächst. Dabei wird das Direktionsrecht des Arbeitgebers nicht dadurch beseitigt, dass es nicht in jedem Detail ausgeübt wird. Dies ist bei Diensten höherer Art sogar regelmäßig der Fall, so dass sich das Weisungsrecht des Arbeitgebers zu einer funktionsgerecht dienenden Teilhabe am Arbeitsprozess verfeinert, wenn der Betreffende in den Betrieb eingegliedert ist (vgl. z.B. BSG Urteil v. 21.02.1990, [12 RK 47/87](#), [SozR 3-2940 § 3 Nr. 1](#)). Ein solches verfeinertes Weisungsrecht hatte die Klägerin gegenüber der Beigeladenen zu 1), da sie gegenüber dem Patienten letztverantwortlich war. Von einer Eingliederung der Beigeladenen zu 1) in den Betrieb der Klägerin und einem Weisungsrecht der Klägerin nach Annahme des einzelnen Auftrags ist daher auszugehen. Soweit die Klägerin darlegt, die Beigeladene zu 1) hätte einzelne Aufträge ablehnen können bzw. sei umgekehrt auf die Akzeptanz durch die Pflegebedürftigen angewiesen gewesen, so gibt auch dieser Aspekt für die Beurteilung, ob es sich bei der Tätigkeit um eine abhängige oder selbstständige

Beschäftigung handelt, wenig her. Lehnt nämlich eine Pflegekraft eine Pflegestelle ab, so hat sie regelmäßig keinen Anspruch auf Übertragung einer anderen. Dies entspricht aber auch der Situation einer angestellten Pflegekraft, die ebenfalls mit dem Risiko des Arbeitsplatzverlustes eine bestimmte Arbeit ablehnen kann (vgl. hierzu z.B. LSG Baden-Württemberg, Urteil v. 17.12.1999, [L 4 KR 2023/98](#)). Im Übrigen müsste der von der Klägerin behaupteten theoretischen Freiheit, einzelne Aufträge abzulehnen, nur untergeordneter Indizwert beigemessen werden, weil dieser Möglichkeit in der Praxis der Beteiligten keine wesentliche Bedeutung zugekommen ist. Ein entsprechendes Beispiel ist jedenfalls von den Beteiligten nicht konkret beschrieben worden (vgl. zur Frage der Delegationsbefugnis BSG, Urteil v. 11.03.2009, [B 12 KR 21/07 R](#) Rz. 17). Die Tätigkeit der Beigeladenen zu 1) war nicht durch ein typisches Unternehmerrisiko gekennzeichnet. Nach der ständigen Rechtsprechung des BSG ist maßgebliches Kriterium hierfür, ob eigenes Kapital oder die eigene Arbeitskraft auch mit der Gefahr des Verlustes eingesetzt wird, der Erfolg des Einsatzes der tatsächlichen und persönlichen Mittel also ungewiss ist. Eine solche Ungewissheit hat es hier jedoch nicht gegeben. Tatsächliche Mittel hat die Beigeladene zu 1) nicht in nennenswertem Umfang eingesetzt, die notwendigen Hilfsmittel, insbesondere notwendige Beatmungsgeräte, hat sie im Wesentlichen gestellt bekommen bzw. standen - wie zB die Hilfsmittel - den Patienten zur Verfügung, sei es durch die Klägerin oder unmittelbar die Pflegekasse. Soweit die Beigeladene zu 1) ihren eigenen Pkw dazu benutzt hat, die jeweiligen Patientenwohnungen zu erreichen, liegt hierin unabhängig davon, ob sie für die Fahrten Fahrkostenersatz erhalten haben, kein wesentliches unternehmerisches Risiko. Denn auch der typische Arbeitnehmer muss dafür Sorge tragen, seinen Arbeitsplatz zu erreichen. Ein Verlustrisiko hinsichtlich des Einsatzes ihrer Arbeitskraft hat die Beigeladene zu 1) nicht getragen, da sie eben nicht nach Erfolg, sondern - auch im Rahmen eines Projekts - letztlich nach Zeitaufwand entlohnt wurde. Gegen ein unternehmerisches Risiko spricht hierbei vor allem auch die Vergütung. Eine über die vereinbarte Vergütung hinausgehende Verdienstmöglichkeit (zB Erfolgsprämie vgl. etwa BSG Urteil vom 31.03.2015, [B 12 KR 17/13 R](#) Rz 27) bestand nicht. Vielmehr fehlt es an einer nachvollziehbaren unternehmerischen Kalkulation bei den Beigeladenen zu 1), die auf der einen Seite mit einer Vergütung ihrer Arbeitskraft auskommen musste, andererseits es aber unterlassen hat, dem Verdienst vor allem auch eine für eine selbständige Tätigkeit entsprechend notwendige hinreichende sozialer Absicherung gegenüberzustellen. Eine für Selbständige insoweit übliche Kalkulation hat die Beigeladene zu 1) nicht hinreichend vorgenommen, wohl auch im Hinblick auf ihre soziale Absicherung im Rahmen ihrer Haupttätigkeit als angestellte Krankenschwester im Krankenhaus. Das Fehlen von Regelungen zu Ansprüchen auf Urlaubsentgelt bzw. Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall rechtfertigt für sich genommen nicht die Annahme eines unternehmerischen Risikos. Die Überbürdung sozialer Risiken abweichend von der das Arbeitsrecht prägenden Risikoverteilung ist nur dann ein gewichtiges Indiz für unternehmerisches Handeln, wenn damit auch tatsächliche Chancen einer Einkommenserzielung verbunden sind, also eine Erweiterung der unternehmerischen Möglichkeiten stattfindet (BSG, Urteil v. 11.03.2009, , [B 12 KR 21/07 R](#)). Hierfür ist im vorliegenden Fall jedoch nichts ersichtlich. Im Ergebnis ergibt eine Würdigung der Gesamtumstände, dass die Beigeladene zu 1) bei der Klägerin abhängig beschäftigt ist, so dass die Berufung der Beklagten Erfolg hat.

Die Kostenentscheidung beruht auf [§ 197a SGG](#) und der Erwägung, dass die Klägerin mit ihrem Begehren erfolglos blieb.

Der Streitwert wird gemäß [§ 197a](#) i.V.m. [§ 52](#) Gerichtskostengesetz (GKG) angesichts fehlender Anhaltspunkte gemäß der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts (vgl. BSG vom 28.11.2011, [B 12 R 17/09 R](#)) mit 5.000,00 EUR festgesetzt.

Gründe, die Revision zuzulassen, sind nicht ersichtlich.

Rechtskraft

Aus

Login

FSB

Saved

2020-06-12