
Datum: 10.06.2009
Gericht: Landessozialgericht NRW
Spruchkörper: 16. Senat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: L 16 R 53/08
ECLI: ECLI:DE:LSGNRW:2009:0610.L16R53.08.00

Vorinstanz: Sozialgericht Duisburg, S 21 (3) R 16/05
Nachinstanz: Bundessozialgericht, B 12 R 17/09 R
Sachgebiet: Rentenversicherung
Rechtskraft: rechtskräftig

Tenor:

Auf die Berufung der Beklagten wird das Urteil des Sozialgerichts Duisburg vom 04. Juni 2007 geändert. Über den Bescheid der Beklagten vom 10.02.2003 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 17.12.2004 hinaus wird der Bescheid der Beklagten vom 10.06.2009 aufgehoben. Die Berufung der Beklagten wird mit der Maßgabe zurückgewiesen, dass festgestellt wird, dass die Beigeladene zu 1) in der streitgegenständlichen Tätigkeit für die Klägerin als hauswirtschaftliche Familienbetreuerin in der Zeit vom 18.01.2001 bis zum 31.01.2001, vom 01.02.2001 bis zum 07.02.2001, vom 14.02.2001 bis zum 28.02.2001, vom 01.03.2001 bis zum 06.03.2001, vom 26.03.2001 bis zum 31.03.2001, vom 01.04.2001 bis zum 11.04.2001, vom 28.04.2001 bis zum 30.04.2001, vom 01.05.2001 bis zum 11.05.2001, vom 29.05.2001 bis zum 31.05.2001, vom 01.06.2001 bis zum 16.06.2001, vom 21.06.2001 bis zum 26.06.2001, vom 04.07.2001 bis zum 17.07.2001, vom 06.08.2001 bis zum 17.08.2001, vom 03.09.2001 bis zum 12.09.2001, vom 16.10.2001 bis zum 30.10.2001, vom 27.11.2001 bis zum 30.11.2001, vom 01.12.2001 bis zum 10.12.2001 vom 21.12.2001 bis zum 28.12.2001, vom 10.01.2002 bis zum 24.01.2002 und vom 25.06.2002 bis zum 01.07.2002 nicht als Arbeitnehmerin versicherungspflichtig zur gesetzlichen Renten-,

Krankenversicherung, zur sozialen Pflegeversicherung sowie zur Arbeitslosenversicherung war. Die Kosten des Klageverfahrens einschließlich der außergerichtlichen Kosten der Beigeladenen zu 1) trägt die Beklagte. Die Kosten des Berufungsverfahrens einschließlich der außergerichtlichen Kosten der Beigeladenen zu 1) trägt die Beklagte. Die Revision wird zugelassen.

-
- Tatbestand: 1
- Streitig ist im Rahmen eines Statusfeststellungsverfahrens, ob die von der Beigeladenen zu 1) vom 18.01.2001 bis zum 01.07.2002 mit Unterbrechungen für die Klägerin ausgeübten Tätigkeiten als hauswirtschaftliche Familienbetreuerin Versicherungspflicht in der gesetzlichen Renten-, Kranken-, der sozialen Pflege- sowie in der Arbeitslosenversicherung (RV/KV/PV/AloV) begründet hat. 2
- Die Klägerin gehört zu einer bundesweit handelnden Unternehmensgruppe, die auf den inzwischen verstorbenen E U zurückgeht. Die Gesellschaftsanteile haben nach dessen Tod seine Frau und seine drei Söhne übernommen; die Geschäftsführung obliegt seiner Schwester. Unternehmenszweck der Klägerin ist es, finanziell gut gestellten, zumeist älteren und gesundheitlich eingeschränkten Personen (im Folgenden: Kunden) u. a. einen bis zu vierundzwanzig Stunden umfassenden Service durch eine Familienbetreuerin/einen Familienbetreuer anzubieten. Die Betreuer wohnen in der Regel jeweils für 14 Tage im Haushalt des Kunden, führen in Abstimmung mit diesem - oder bei schlechter geistiger Verfassung - mit dessen Angehörigen den Haushalt, tragen zu seiner Unterhaltung bei, begleiten ihn zu Terminen etc., ohne jedoch Leistungen der PV zu erbringen. Dabei umfasst das Leistungsangebot der Klägerin die Vermittlung und Erbringung weiterer Dienstleistungen über eine Familienbetreuung hinaus, z. B. die Vermittlung von Pflegediensten. Vertragliche Beziehungen bestehen einerseits zwischen der Klägerin und dem jeweiligen Kunden und sowie andererseits zwischen der Klägerin und den eingesetzten Familienbetreuer/-innen. Es sind zahlreiche Statusverfahren der Familienbetreuer bzw. der Klägerin anhängig bzw. bereits entschieden. Am 04.06.2009 hat sich das Bundessozialgericht (BSG) erstmals mit einem vergleichbaren Fall (Az.: B 12 R 6/08 R, www.bundessozialgericht.de - Termine - Terminvorschau und Terminberichte - Terminbericht Nr. 34/09 vom 08.06.2009 zur Terminvorschau Nr. 34/09) befasst, den Rechtsstreit aber hinsichtlich des Feststellungsbegehrens zurückverwiesen. 3
- Die 1956 geborene Beigeladene zu 1), gelernte Textildachkraft, wurde nach Jahren der Arbeitslosigkeit über eine Zeitungsanzeige der von der Unternehmensgruppe der Klägerin betriebenen "Akademie für Aus- und Fortbildung" auf eine Betätigungsmöglichkeit "für Damen zwischen fünfunddreißig und fünfundfünfzig Jahren" als Familienbetreuerin aufmerksam. Es hieß, dass man im Wechsel "vierzehn Tage arbeiten/vierzehn Tage frei" tätig werden könne. Nach Absolvierung der Ausbildung, die aus vierzehntägigen theoretischen und zwei ebenfalls vierzehn Tage umfassenden Praktika bestanden hatte, meldete die Beigeladene zu 1) ein Gewerbe mit dem Unternehmenszweck "Hauswirtschaftliche Betreuung" an und übernahm Aufträge, erstmals ab dem 18.01.2001, für die Klägerin. Vorab beantragte sie am 21.11.2000 bei der Beklagten einerseits die - bislang noch nicht beschiedene - Feststellung der Versicherungspflicht in der Rentenversicherung für Selbständige, andererseits die Feststellung ihres sozialversicherungsrechtlichen Status'. Sie gab an, sie werde auf dem Gebiet der hauswirtschaftlichen Familiendienstleistungen ab Februar 2001 tätig werden. In der Startphase wolle sie mit dem Rechtsvorgänger der Klägerin, Privater Pflegedienst D. U, 4

zusammenarbeiten und sich in Zukunft aber auch weitere Auftraggeber suchen. Ihre Tätigkeit, die sie im Haushalt wohlhabenderer älterer Menschen ausüben wolle, werde die Haushaltsführung - vom Einkaufen und Kochen bis zum Waschen und Putzen - umfassen, aber auch die Erledigung von Botengängen, die Begleitung der älteren Menschen zu Terminen sowie die sonstige Betreuung, wie Gesprächsführung und Motivierung. Sie selbst gehe von einer selbständigen Tätigkeit in Form einer Dienstleistung aus: Ihre Honorare gegenüber der Klägerin handele sie jeweils in Abhängigkeit von den Anforderungen und Schwierigkeiten der jeweiligen Betreuungsstelle aus; Werbung mache sie mittels persönlicher Gespräche und Visitenkarten; ihr nicht zusagende Angebote der Klägerin könne sie ablehnen; auch trage sie ein Unternehmerrisiko; denn es fielen Kosten für Berufsbekleidung, Reisekosten, Büromaterial, Steuerberatung, Versicherungen und Telefon an.

Im Rahmen der Anhörung (Schreiben vom 29.07.2002) teilte die Beigeladene zu 1) ergänzend mit, sie richte sich zwar vor Ort nach den Kundenwünschen, sei aber im Übrigen in der Gestaltung der Haushaltsführung frei. Betreuungsprotokolle führe sie zu ihrer eigenen Absicherung. Im Verhinderungsfall könne sie in Absprache mit der Klägerin eine qualifizierte Vertretung einsetzen. Sie führe auch für die Firmen "S GmbH", "T GmbH", den "Betreuungsdienst J GmbH" und für den Verein "Pflege und Hilfe E e. V." Aufträge durch.

5

Mit Bescheid vom 10.02.2003, der auch der Klägerin gegenüber bekannt gegeben wurde, stellte die Beklagte fest, dass die Beigeladene zu 1) in einem Beschäftigungsverhältnis zur Klägerin stehe; denn sie sei in deren Arbeitsorganisation eingebunden und unterliege deren Weisungsrecht. Gegen diesen Bescheid legte die Beigeladene zu 1) Widerspruch ein. Ergänzend teilte sie mit, sie sei vom 01.02.2002 bis zum 30.06.2002 bei der Beigeladenen zu 5), der BKK Neun PLUS (Rechtsnachfolger: BKK ESSANELLE), ab dem 01.07.2002 bei der privaten Continentale Krankenversicherung AG versichert und vor dem 01.02.2002 bei der Beigeladenen zu 2), der Barmer Ersatzkasse, über ihren Ehemann familienversichert gewesen. Ab dem 01.01.2003 verfüge sie über eine private Altersvorsorge bei der Volksfürsorge (Best Invest Rente); der Monatsbeitrag liege bei 75,00 EUR.

6

Die Klägerin legte ihrerseits ebenfalls Widerspruch ein, auch bzgl. der weiteren Feststellungsbescheide gegenüber den von ihr eingesetzten Familienbetreuer/-innen (F G, B X, S B, Q T, L C und H C1). Zur Begründung führte sie aus, die Beigeladene zu 1) sei weisungsfrei und könne selbst entscheiden, ob sie einen Auftrag annehme. Dies spreche für eine nicht der Versicherungspflicht unterliegende, selbständige Tätigkeit.

7

Mit Widerspruchsbescheiden vom 17.12.2004 (Bl. 38 ff. VA) wies die Beklagte den Widerspruch aus den Gründen des Ausgangsbescheides zurück.

8

Am 11.01.2005 hat die Beigeladene zu 1) zu dem Sozialgericht (SG) Cottbus Klage erhoben, die unter dem Az.: S 11 R 37/05 geführt worden ist und die sie am 06.04.2005 zurückgenommen hat. Am 21.01.2005 hat die Klägerin ihrerseits Klage zum SG Duisburg erhoben. Sie hat ergänzend vorgetragen, ihr Vertragsverhältnis zu der Beigeladenen zu 1) sei von Anfang an nicht auf Dauer angelegt gewesen. Vielmehr habe die Beigeladene zu 1) nur wenige Aufträge für sie, die Klägerin, ausgeführt. Von beiden Seiten habe damit keine weitergehende Verpflichtung eingegangen werden sollen. Die Beigeladene zu 1) habe bei der Ausführung der Tätigkeit auch keinen Anordnungen unterlegen. Vielmehr habe sie die Aufträge in eigener Verantwortung und aufgrund eigener Zeiteinteilung durchgeführt. Ein bestimmter zeitlicher Umfang der Tätigkeit sei ihr nicht vorgegeben worden. Auch sei sie keiner Einteilung der Arbeitsabfolge oder der Arbeitsgänge unterworfen gewesen. Zwar sei die Beigeladene zu 1) während ihrer Einsätze täglich vierundzwanzig Stunden Ansprechpartnerin der Kunden gewesen; dies sei aber nicht mit ihrer Arbeitszeit gleich zu

9

setzen. Gegen eine abhängige Tätigkeit spreche weiter, dass die Beigeladene zu 1) auch nicht in ihre, der Klägerin, Arbeitsorganisation eingegliedert gewesen sei. Mit ihr habe nicht geplant werden können. Sie, die Klägerin, kalkuliere von ihrer Seite aus einen Preis, den sie den Kunden in Rechnung setze. Dies erfolge, nachdem eine fest angestellte Mitarbeiterin, eine examinierte Krankenschwester, sich vor Ort ein Bild von dem Umfang des Auftrages gemacht habe. Davon unterschieden werden müsse aber die Beziehung zwischen ihr, der Klägerin, und der Beigeladenen zu 1). Deren Honorar sei jeweils individuell ausgehandelt worden. Als weitere Argumente für den Status der Beigeladenen zu 1) als Selbständige ließe sich anführen, dass diese über weitere Auftraggeber verfüge, die Arbeitsleistung nicht höchstpersönlich habe erbringen müssen, auch wenn das bisher in der Praxis der Fall gewesen sei. Die von der Beigeladenen zu 1) geführten Dokumentationen über den Inhalt ihrer Tätigkeit hätten Abrechnungszwecken und der Information der Pflegedienste gedient, die den Kunden in der Regel betreuten, nicht aber der Kontrolle der Beigeladenen zu 1) durch sie, die Klägerin. Da Gegenstand des Auftrages eine Dienstleistung gewesen sei, sei ein Kapitaleinsatz seitens der Beigeladenen zu 1) nicht unmittelbar bzw. nur in bescheidenem Umfang erfolgt. Durch das intensive Miteinander von Familienbetreuerin und Kunden entwickle sich vielfach ein persönliches Verhältnis mit der Folge, dass der Kunde dieselbe Kraft erneut anfordere oder die Familienbetreuerin - ohne ihre, der Klägerin, Einschaltung - ein direktes Vertragsverhältnis mit dem Kunden begründe bzw. begründet habe. Auch dies zeige, dass eine selbständige Tätigkeit vorliege. Im Übrigen gebe es nicht nur Kunden, bei denen die Familienbetreuer vierundzwanzig Stunden eingesetzt würden. Es komme auch vor, dass eine Betreuungskraft mehrere Haushalte bediene. Es müsse dann nur geklärt werden, wo die Kraft schlafen könne.

Die Klägerin hat beantragt, 10

den Bescheid der Beklagten vom 10.02.2003 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 17.12.2004 aufzuheben und festzustellen, dass die Beigeladene zu 1) zu ihr in keinem Beschäftigungsverhältnis gestanden habe. 11

Die Beklagte hat beantragt, 12

die Klage abzuweisen. 13

Sie hat zur Begründung im Wesentlichen auf den angefochtenen Bescheid Bezug genommen. Ergänzend hat sie darauf hingewiesen, dass die Beigeladene zu 1) von der Außenwelt und den Kunden nicht als Selbständige, sondern als Beschäftigte der Klägerin wahrgenommen worden sei. Sie sei monatlich entsprechend der geleisteten Stundenzahl seitens der Klägerin vergütet worden. Die fachliche Verantwortung des Einsatzes der Beigeladenen zu 1) habe bei der Klägerin gelegen, die ihrerseits gegenüber den Kunden zur Erbringung bestimmter Dienstleistungen verpflichtet gewesen sei. Dass die Vertragsbeziehungen zwischen der Klägerin und der Beigeladenen zu 1) nur fallbezogenen zustande gekommen seien, spreche nicht gegen eine abhängige Beschäftigung. Diese müsse nicht auf Dauer ausgerichtet sein. Das jeweilige Vertragsverhältnis müsse für sich betrachtet werden. 14

Die Beigeladene zu 1) hat keinen eigenen Sachantrag gestellt. Sie hat mitgeteilt, sie habe von Januar 2001 bis Juli 2002 Aufträge für die Klägerin ausgeführt. Seither bestehe keine Geschäftsbeziehung mehr. Sie habe folgende weitere Auftraggeber, wie "Q", "Seniorenbetreuungsdienst C", "Rund-um-Service U" und private Kunden gehabt. Ergänzend hat sie ausgeführt, sie habe nur ca. 45 Prozent ihrer Aufträge von der Klägerin erhalten. Im Übrigen hätten sie andere Firmen beauftragt. Auch betreibe sie eine freiberufliche Wellness-Massage-Praxis an ihrem Wohnort. Zu den Kunden der Klägerin sei sie auf eigene Kosten, 15

im Regelfall per Zug, angereist. Sie habe einmal mit der Klägerin erfolgreich über ein höheres Honorar verhandelt, als ihre Dienste umfangreicher als zunächst kalkuliert gewesen seien. Ihre zu leistenden Dienste seien von Fall zu Fall unterschiedlich gewesen.

Mit Urteil vom 04.06.2007 hat das SG Duisburg den Feststellungsbescheid der Beklagten vom 10.02.2003 und den Widerspruchsbescheid vom 17.12.2004 aufgehoben und festgestellt, dass die Beigeladene zu 1) im Zeitraum ihrer Tätigkeit für die Klägerin nicht in einem abhängigen Beschäftigungsverhältnis zu dieser gestanden habe. 16

Für eine abhängige Beschäftigung der Beigeladenen zu 1) spreche nur der Umstand, dass diese die von ihr hauswirtschaftlich zu versorgenden Kunden nicht selbst durch Zeitungsanzeigen oder sonstige Werbemaßnahmen gefunden habe, sondern insoweit von der Klägerin kontaktiert worden sei, an die sich die zu Versorgenden oder ihre Angehörigen gewandt hätten. Ansonsten sprächen alle anderen Umstände für eine selbständige Tätigkeit. Auch ein - unstreitig selbstständiger - Handwerksmeister setze seine Arbeitskraft dann beim Kunden ein, wenn dieser ihn brauche, weil etwas zu reparieren sei. Die Beigeladene zu 1) z. B. habe keine feste Vergütung erhalten. Vielmehr habe sich die Höhe ihres Honorars nach der Art der Arbeit, die bei dem konkreten Kunden zu verrichten gewesen sei, gerichtet. Soweit der Arbeitsanfall bei dem konkreten Kunden unrichtig bewertet worden war, sei die Beigeladene zu 1) nicht an ihre Honorarvereinbarung gebunden gewesen, sondern habe ein höheres Honorar aushandeln können, was sie einmal auch getan habe. Die Beigeladene zu 1) habe weiter auf eigene Kosten zu den Kunden reisen müssen und nur dann ein Honorar erhalten, wenn ihr die Klägerin einen Auftrag erteilt habe, nicht aber bei Krankheit, Urlaub usw. Darüber hinaus sei die Beigeladene zu 1) völlig frei darin gewesen, einen Auftrag anzunehmen oder nicht. Da sie sich nach eigenen Angaben nur zu ca. 45 Prozent über die Klägerin finanziert habe, im Übrigen aber über andere Betreuungsfirmen und aus ihrer Massagepraxis, habe die Freiheit bestanden, einen Auftrag anzunehmen oder abzulehnen. Entscheidend für die Beurteilung der Rechtsbeziehungen zwischen den Beteiligten sei jedoch der Umstand, dass die Beigeladene zu 1), wenn sie einen bestimmten Auftrag der Klägerin übernommen hatte, nicht von dieser "umgesetzt" worden sei, weil ein anderer schwieriger Kunde nach ihr verlangt habe. Gerade die Bestimmung des Arbeitsortes in schwierigen Fällen, also der Personalaustausch zwischen diversen Auftragsorten, sei ein Charakteristikum der abhängigen Beschäftigung, bei der der Arbeitgeber sein Personal nach seinen betrieblichen Erfordernissen einsetze. Die Klägerin habe hingegen den Auftragsverlust bei einem anderen Kunden, der nur von der Beigeladenen zu 1) versorgt werden wollte, hinnehmen müssen, selbst wenn dieser Auftrag deutlich lukrativer gewesen sei derjenige, bei dem die Beigeladene zu 1) tätig gewesen sei. Bei dieser Sachlage sei eine Eingliederung der Beigeladenen zu 1) in die Organisation der Klägerin nicht zu erkennen. Ihr Auftraggeber sei nicht ständig vor Ort gewesen und habe ihre Arbeit nicht kontrollieren können; vielmehr habe die Beigeladene zu 1) allenfalls Telefonkontakt zur Klägerin gehabt. Auf diesem Hintergrund der Gesamtumstände des Einzelfalles liege eine selbständige Tätigkeit der Beigeladenen zu 1) für die Klägerin vor. 17

Gegen das der Beklagten am 29.06.2007 zugestellte Urteil hat diese am 13.07.2007 Berufung eingelegt. Sie trägt ergänzend vor, das Landessozialgericht (LSG) Baden-Württemberg habe rechtskräftig in vergleichbaren Fällen eine abhängige Beschäftigung festgestellt (Urteile vom 08.08.2006, Az.: L 11 R 298/05 und L 11 R 3502/05, Urt. vom 17.12.1999, Az.: L 4 KR 2023/98, Zurückweisung der Nichtzulassungsbeschwerde durch BSG mit Beschl. vom 15.06.2000, Az.: B 12 KR 5/00 B). Die im vorliegenden Rechtsstreit zu beurteilenden Verhältnisse wichen nicht davon ab. Die bloße Möglichkeit, Aufträge abzulehnen, reiche jedenfalls nicht aus, eine selbständige Tätigkeit anzunehmen. Der Vortrag 18

der Klägerin, die Beigeladene zu 1) sei in der konkreten Ausgestaltung ihrer Tätigkeit frei, sei nicht nachvollziehbar. Vielmehr müsse sich die Familienbetreuerin bzgl. der konkret zu erbringenden Leistungen in dem rechtlichen Rahmen bewegen, der vertraglich durch die Klägerin und den jeweiligen Kunden festgelegt werde. Die von der Klägerin dem Kunden geschuldete Leistung, nämlich die Betreuung über einen festgelegten Zeitraum an einem festgelegten Ort mit den dazu gehörenden Arbeiten, werde dann von der Beigeladenen zu 1) erbracht und dokumentiert. Insoweit genüge es für die Annahme einer abhängigen Beschäftigung, wenn der Arbeitgeber den Inhalt der übertragenen Aufgabe fest umreiße, ohne jede einzelne Verrichtung im Detail vorzugeben. Die vorgelegten Dokumentationen belegten dies sehr deutlich. Zur deren Erstellung sei die Klägerin im Verhältnis zu den Kunden verpflichtet; diese Verpflichtung übertrage sie auf die Beigeladene zu 1). Da die Leistungen einem detaillierten Zeitplan folgten, liege eindeutig Weisungsgebundenheit und Eingliederung in den Betrieb vor, auch wenn die Tätigkeiten in dem Haushalt des jeweiligen Kunden zu leisten seien. Das Vorhandensein eines Einsatzleiters, der offensichtlich regelmäßig Kontrollen durchführe, sei ein weiteres Indiz für die hierarchische Betriebsstruktur, in die die Beigeladene zu 1) eingegliedert gewesen sei.

Die Beklagte hat im Termin der mündlichen Verhandlung vor dem Senat am 10.06.2009 ihren Bescheid vom 10.02.2003 ergänzt und festgestellt, dass die Beigeladene zu 1) in Zeit zwischen dem 18.01.2001 und dem 01.07.2002 mit Unterbrechungen während der Zeiten ihrer Beschäftigung für die Klägerin versicherungspflichtig zu allen Zweigen der gesetzlichen Sozialversicherung gewesen sei. Die Versicherungspflicht beginne am 18.01.2001. 19

Die Beklagte beantragt, 20

das Urteil des Sozialgerichts Duisburg vom 04.06.2007 zu ändern und die Klage, auch gegen den (heutigen) Bescheid vom 10.06.2009, abzuweisen. 21

Die Klägerin beantragt, 22

die Berufung der Beklagten gegen das Urteil des Sozialgerichts Duisburg vom 04.06.2007 mit der Maßgabe zurückzuweisen, dass festgestellt wird, dass die Beigeladene zu 1) ab dem 18.01.2001 eine selbständige Tätigkeit als hauswirtschaftliche Familienbetreuerin für die Klägerin ausgeübt und keine Versicherungspflicht bestanden hat. 23

Die Beteiligten regen für den Fall des jeweiligen Unterliegens übereinstimmend an, 24

die Revision zuzulassen. 25

Sie erachtet das erstinstanzliche Urteil als zutreffend. Ergänzend trägt sie vor, ihre Unternehmensgruppe betreibe eine eigene Akademie für Aus- und Weiterbildung in Bad L, in der sich die späteren Familienbetreuerinnen und -betreuer ausbilden lassen könnten, und zwar in einer zunächst vierzehntägigen theoretischen Schulung sowie in zwei Mal je vierzehntägigen Praxisblöcken. Die Ausgebildeten benutzen die Ausbildung oftmals als Zugang zu einer anschließenden selbständigen Tätigkeit in diesem Bereich. Über eigene fest angestellte Familienbetreuer/-innen verfüge sie, die Klägerin, nicht, wohl aber über Mitarbeiter im Bereich Qualitätssicherung. Eigene Werbung betreibe sie, die Klägerin, gegenüber den Kunden über eine zweimal jährlich herausgegebene Zeitschrift mit einer Auflage von je 300.000 Stück, entsprechende Flyer und Mund-zu-Mund-Propaganda. Eine Leistungsdokumentation werde im Haushalt des Kunden von den Familienbetreuerinnen erstellt, so auch im Falle der Beigeladenen zu 1), und verbleibe dort, bis ihr, der Klägerin, Auftragsverhältnis zum jeweiligen Kunden ende. Anschließend werde es von ihr zehn Jahre 26

in den eigenen Betriebsräumen aufbewahrt. Bei Auftreten von Mängeln, insbesondere bei Kundenbeschwerden, führe ein Mitarbeiter der Klägerin mit dem Betreuer ein Gespräch und teile mit, dass an einer Abhilfe gearbeitet werden müsse. Ansonsten werde es für den Betreuer/die Betreuerin keine weiteren Aufträge mehr geben. Solche Gesprächen hätten mit der Beigeladenen zu 1) nicht geführt werden müssen; denn es habe keine Beschwerden gegeben. Mache der Kunden nach Durchführung der Betreuungsleistungen Minderungen geltend, so würden daran auch anteilig die Betreuer/innen beteiligt. Auch dies sei im Verhältnis zur Beigeladenen zu 1) nicht vorgekommen. Ihre Rechnungen habe die Beigeladene zu 1) an sie, die Klägerin, gestellt, sobald ein Einsatz beendet gewesen sei, also unabhängig vom jeweiligen Monatsende, gegenüber dem Kunden rechne sie, die Klägerin, dagegen in der Regel monatlich ab. Am Insolvenzrisiko des Kunden habe die Beigeladene zu 1) regelmäßig teilgenommen; denn es sei für diesen Fall ein Selbstbehalt von 200 EUR je Rechnung vereinbart gewesen, wobei es keine schriftlichen Verträge zwischen der Beigeladenen zu 1) und ihr, der Klägerin, gegeben habe, sondern lediglich Auftragsbestätigungen der Beigeladenen zu 1). Sie, die Klägerin, habe zwar ein Interesse an der Fertigung ausführlicher Dokumentationen, könne dies gegenüber den Familienbetreuerinnen aber letztlich nicht durchsetzen, wenn sie die Aufgabe nicht freiwillig wahrnehmen. Die Beigeladene zu 1) habe von sich aus immer umfangreiche Dokumentationen erstellt. Die Daten in den Auftragsbestätigungen der Beigeladenen zu 1) und in den Honorarabrechnungen wichen z. T. von einander ab; denn es sei bei der Realisierung der Aufträge zum Teil zu Verlängerungen gekommen, wenn sich die Beigeladene zu 1) z. B. bereit erklärt habe, einen Zeitraum von bis zu einigen Tagen zu dem sich verspätenden Einsatz der Nachfolgekraft zu überbrücken, oder andererseits zu Verkürzungen, wenn der Kunde ins Krankenhaus oder Pflegeheim eingeliefert worden oder verstorben sei. Das Honorar habe ich immer am tatsächlichen Einsatz orientiert.

Die Beigeladene zu 1), die keinen eigenen Antrag stellt, verbleibt dabei, dass es sich aus ihrer Sicht um eine selbstständige Tätigkeit gehandelt habe. Den Einkünften aus der Tätigkeit als Familienbetreuerin hätten Betriebsausgaben gegenüber gestanden, z. B. im Jahre 2001 in Höhe von rd. 5.300 DM im Verhältnis zu rd. 25.000 DM Einnahmen. Steuerlich geltend gemacht habe sie z. B. ein Arbeitszimmer, Arbeitsmittel und Reisekosten. Der Inhalt ihrer Tätigkeit habe sich z. T. gravierend unterschieden. Sie habe bei einigen Kunden, die über weiteres Personal verfügten, überwiegend als Gesellschafterin fungiert, bei anderen den kompletten Haushalt geführt. Welchen Leistungsumfang die Tätigkeit umfasste, sei von den Bedürfnissen der jeweiligen Kunden abhängig gewesen. Die Dokumentation habe sie nicht führen müssen, sondern aus eigenem Interesse angefertigt, um einen Nachweis gegenüber den Kunden bzw. den Angehörigen zur Verfügung zu haben, welche Tätigkeiten sie im Einzelnen erbracht habe. Dabei habe sie aus Bequemlichkeit auf die von der Klägerin zur Verfügung gestellten Formulare zurückgegriffen. Eine Dokumentation sei auch hilfreich gewesen, wenn sich z. B. der herbeigerufene Notarzt schnell einen Überblick über die Situation habe verschaffen wollen oder bei der Übernahme eines Kunden durch eine andere Betreuungskraft. Die examinierte Krankenschwester, die seitens der Klägerin mit der Herstellung des Kontaktes zu den Kunden betraut gewesen sei, habe gelegentlich am Einsatzort nachgefragt, ob Probleme bestünden. Sie habe bei Nachfrage Ratschläge erteilt, sich aber ansonsten in keiner Weise eingemischt oder gar Weisungen erteilt. Die Gestaltung der Tätigkeit sei ihr, der Beigeladenen zu 1), selbst überlassen gewesen. Sie habe von Mal zu Mal entschieden, ob sie einen angebotenen Auftrag oder einen solchen, der ihr auf Nachfrage angeboten worden sei, annehmen wolle. Dies habe sie davon abhängig gemacht, ob ihr die Tätigkeit als solche, der Ort, an dem sie zu erbringen war, und die sonstigen Rahmenbedingungen, wie Höhe der Vergütung, die sie im Einzelnen entsprechend dem jeweiligen Aufwand, individuell ausgehandelt habe, zugesagt hätten. Vor der Übernahme

eines Auftrages habe sie sich vor Ort vergewissert, ob sie mit dem Kunden auskommen könne und auch schon in Einzelfällen, ohne eine Vergütung erlangt zu haben, einen Auftrag abgelehnt bzw. nach kurzer Zeit abgebrochen. Da sie über ihren Ehemann finanziell ausreichend abgesichert gewesen sei, sei es auch vorgekommen, dass sie eine Zeitlang keine Aufträge übernommen habe, z. B. weil der Sommer sehr schön gewesen oder ihr Mann sich über häufige Abwesenheiten beschwert habe. Sie sei ein Mensch, der immer an Neuem interessiert sei. Deshalb habe sie auch kein Interesse an einem Einsatz an immer demselben Ort gehabt, auch wenn zufriedene Kunden erneut von ihr hätten betreut werden wollen, andererseits Aufträge genutzt, um ihr unbekannte Städte kennen zu lernen. An Hand ihrer Einkommensteuererklärungen sei davon auszugehen, dass sie im hier streitgegenständlichen Zeitraum ausschließlich für die Klägerin tätig geworden sei. Die anderen Pflegedienste, die im Einzelnen benannt worden seien, seien erst später als Auftraggeber in Erscheinung getreten.

Ergänzend hat die Klägerin den Stoffvermittlungsplan der Akademie für Aus- und Weiterbildung, Bad L, vom 08.10. bis 20.10.2001, den Pflege- und Betreuungsvertrag der Privater Pflegedienst D. U GmbH & Co KG mit der Kundin I T, D, vom 13.08.1999), Auftragsbestätigungen der Beigeladenen zu 1) über den Einsätze bei den Kundinnen I T, F L, E P und N I zwischen dem 18.01.2001 und dem 01.07.2002, die von der Beigeladenen zu 1) geführte Pflegedokumentation ab dem 29.01.2001: Pflegebericht, Pflegeprotokoll mit Eintragungen über durchgeführte Kontrolle von Blutdruck und Puls und Medikamentengabe, Pflegedokumentation mit Eintragungen über durchgeführte Körperpflegemaßnahmen, Behandlungspflegemaßnahmen, Vorbeugungsmaßnahmen, Verabreichung von Medikation, Speiseplan, Flüssigkeitsbilanz (Trinkmenge und Zeitpunkt), weiter eine Checkliste für die Pflegepartner zur Durchführung einer Ablösung mit genauer Tätigkeitsbeschreibung, Ansprechpartnern, Tagesablauf, Medikation, pflegerischen Maßnahmen, Kontrollen, Prophylaxen, besonderen Terminen, Wohnungseinweisung, Haushaltsbuch, Haustürschlüssel, unterzeichnet von dem "Abpartner", dem "Anpartner" und der "Einsatzleitung" vorgelegt. Der Senat hat weiter die Einkommensteuerbescheide der Beigeladenen zu 1) für die Jahre 2000 bis 2004 beigezogen (Einkünfte aus Gewerbebetrieb in 2000: -1.775 DM, in 2001: 19.706 DM, in 2002: 6.686 EUR, in 2003: 6.721 EUR, in 2004: 0,00 EUR); des Weiteren einen Handelsregistrauszug des Amtsgerichts Stuttgart, aus dem sich ergibt, dass die Fa. Q Pflegedienst Deutschland GmbH & Co KG (aktueller Firmenname) bisher unter Privater Pflegedienst E U GmbH & Co S KG firmierte und nach Angaben der Klägerin zuvor als rechtlich unselbständige Zweigstelle (Einsatzbüro F) der Privater Pflegedienst D. U GmbH & Co KG geführt wurde, schließlich die die Auszahlungen an die Beigeladene zu 1) betreffenden Jahreskonten der Klägerin und diverse Honorar-Gutschriften, aus denen sich u. a. ergibt, dass die Beigeladene zu 1) jeweils nach Beendigung eines Einsatzes - unabhängig vom Monatsprinzip - abgerechnet hat, dass sie Tagessätze zwischen 150,00 und 170,00 DM bzw. 87,00 EUR angesetzt hat sowie Sonn- und Feiertagszuschläge in Höhe von 20,00 DM bzw. 15,00 EUR bzw. z. T. einmalige Fallzulagen in Höhe von 100,00 DM und Auslagen in unterschiedlicher Höhe geltend gemacht und erhalten hat. Einbehaltene sog. Gewährleistungen sind einige Monate später erstattet worden.

28

Wegen der genauen Einsatzzeiten und der erzielten Entgelte sowie wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf den Inhalt der Gerichtsakten und der beigezogenen Verwaltungsakten der Beklagten Bezug genommen, die ihrem wesentlichen Inhalt nach Gegenstand der mündlichen Verhandlung und Entscheidung gewesen sind.

29

Entscheidungsgründe:

30

31

Die Berufung der Beklagten ist mit der aus dem Tenor ersichtlichen Maßgabe zurückzuweisen gewesen. Auf die zulässige, insbesondere fristgerecht eingelegte Berufung der Beklagten ist das Urteil des SG Duisburg insoweit zu ändern gewesen, als über die Feststellung des Status der Beigeladenen zu 1) im Verhältnis zur Klägerin bei Ausübung der Tätigkeiten als hauswirtschaftliche Familienhelferin hinaus eine Entscheidung über die - vorliegend nicht bestehende - Versicherungspflicht in der KV, PV, RV und AloV zu treffen gewesen ist (vgl. BSG, Urt. vom 04.06.2009, a. a. O.; BSG, Urt. vom 11.03.2009, Az.: B 12 R 11/07 R, www.bundessozialgericht.de - Termine - Terminvorschau und Terminberichte - Terminbericht Nr. 16/09 vom 16.03.2009 zur Terminvorschau Nr. 16/09). Insoweit ist der Änderungsbescheid vom 10.06.2009 ebenfalls aufzuheben gewesen. Ob dagegen Versicherungspflicht der Beigeladenen zu 1) in der RV der Selbständigen - über diesen Feststellungsantrag, eingegangen am 21.11.2000, hat die Beklagte noch nicht entschieden - bestanden hat, ist vom Streitgegenstand des vorliegenden Verfahrens nicht umfasst; denn davon ist die Rechtsbeziehung der Beigeladenen zu 1) zur Klägerin als Schuldnerin des Gesamtsozialversicherungsbeitrages bei Vorliegen einer abhängigen Beschäftigung, vgl. § 28 e Abs. 1 S. 1 Sozialgesetzbuch Viertes Buch (SGB IV), nicht betroffen. Im Übrigen ist die zu Unrecht auf § 193 Sozialgerichtsgesetz (SGG) statt auf § 197a SGG i. V. m. § 154 Abs. 1 Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO) gestützte Kostenentscheidung des SG zu korrigieren gewesen.

Zu Recht hat das SG dagegen der Anfechtungsklage stattgegeben. Der Bescheid der Beklagten vom 10.02.2003 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 17.12.2004 und des Änderungsbescheides vom 10.06.2009 ist rechtswidrig. Entgegen der Auffassung der Beklagten hat die Beigeladene zu 1) bei Ausübung ihrer Tätigkeiten als hauswirtschaftliche Familienbetreuerin (für die Klägerin) in keinem die Versicherungspflicht zur gesetzlichen KV, sozialen PV, RV und AloV begründenden Beschäftigungsverhältnis zu der Klägerin gestanden. Im Hinblick auf den Änderungsbescheid vom 10.06.2009 hat der Senat dagegen keine Bedenken mehr gegen die inhaltliche Bestimmtheit des angefochtenen Bescheides (vgl. § 33 Abs. 1 Sozialgesetzbuch Zehntes Buch (SGB X)); denn nunmehr hat die Beklagte hinreichend deutlich festgestellt, ab welchem Zeitpunkt sie die Betreuungstätigkeiten der Beigeladenen zu 1) als abhängige, Versicherungspflicht begründende Beschäftigungen einstuft (siehe insoweit die jüngste Rechtsprechung des BSG, Urteile vom 11.03.2009 und 04.06.2009, a. a. O.).

Der Bescheid der Beklagten vom 10.02.2003 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 17.12.2004 und des Änderungsbescheides vom 10.06.2009 ist rechtswidrig. Zwar steht der Befugnis der Beklagten, über einen Antrag in einem Statusverfahren zu entscheiden, nicht entgegen, dass die Tätigkeit der Beigeladenen zu 1) bereits zur Zeit der ersten Entscheidung der Beklagten beendet gewesen ist (siehe zur Antragstellung erst nach Beendigung der Tätigkeit BSG Urt. vom 04.06.2009, Az.: B 12 KR 31/07 R, www.bundessozialgericht.de - Termine - Terminvorschau und Terminberichte - Terminbericht Nr. 16/09 vom 16.03.2009 zur Terminvorschau Nr. 16/09). Die Beklagte ist jedoch in dem von der Beigeladenen zu 1) eingeleiteten Anfrageverfahren gemäß § 7a SGB IV auf Grund einer Gesamtwürdigung aller Umstände des Einzelfalls (vgl. § 7a Abs. 2 SGB IV) rechtsfehlerhaft zu dem Ergebnis gelangt, dass die Beigeladene zu 1. in abhängigen Beschäftigungsverhältnissen zur Klägerin gestanden und dies Versicherungspflicht in der KV, PV, RV und AloV begründet habe.

Beurteilungsmaßstab für das Vorliegen einer abhängigen Beschäftigung ist § 7 Abs. 1 SGB IV. Danach ist Beschäftigung die nichtselbstständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis (Satz 1, a. a. O.). Nach der ständigen Rechtsprechung des BSG setzt eine

Beschäftigung voraus, dass der Arbeitnehmer vom Arbeitgeber persönlich abhängig ist. Bei einer Beschäftigung in einem fremden Betrieb ist dies der Fall, wenn der Beschäftigte in den Betrieb eingegliedert ist und dabei einem Zeit, Dauer, Ort und Art der Ausführung umfassenden Weisungsrecht des Arbeitgebers unterliegt. Dem gegenüber ist eine selbständige Tätigkeit vornehmlich durch das eigene Unternehmerrisiko, das Vorhandensein einer eigenen Betriebsstätte, die Verfügungsmöglichkeit über die eigene Arbeitskraft und die im Wesentlichen frei gestaltete Tätigkeit und Arbeitszeit gekennzeichnet. Ob jemand abhängig beschäftigt oder selbständig tätig ist, hängt davon ab, welche Merkmale überwiegen (zur Verfassungsmäßigkeit der Abgrenzung zwischen abhängiger Beschäftigung und selbständiger Tätigkeit vgl. Bundesverfassungsgericht (BVerfG), Kammerbeschluss vom 20.5.1996, 1 BvR 21/96, Sozialrecht (SozR) 3-2400 § 7 Nr. 11). Maßgebend ist stets das Gesamtbild der Arbeitsleistung (vgl. zuletzt BSG Urteilssammlung der Gesetzlichen Krankenversicherung (USK) 2008-45 m. w. N.).

Im vorliegenden Verfahren ist das SG aufgrund dieser Rechtsprechung in seiner Gesamtwürdigung zutreffend zu dem Ergebnis gelangt, dass die Beigeladene zu 1) bei der Klägerin in ihrer Tätigkeit als hauswirtschaftliche Familienbetreuerin nicht abhängig beschäftigt ist; eine daraus resultierende Versicherungspflicht hat nicht bestanden. Ausgangspunkt der Prüfung ist nach ständiger Rechtsprechung des BSG (vgl. beispielhaft BSG SozR 4-2400 § 7 Nr. 7; BSG, Die Beiträge, Beilage 2006, 149; jeweils m. w. N.) zunächst das Vertragsverhältnis der Beteiligten, so wie es sich aus den von ihnen getroffenen Vereinbarungen ergibt und 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 aber der formellen Vereinbarung regelmäßig vor. In diesem Sinne gilt, dass die tatsächlichen Verhältnisse den Ausschlag geben, wenn sie von den Vereinbarungen abweichen (vgl. BSG SozR 4-2500 § 7 Nr. 7 m. w. N.). Maßgeblich ist die Rechtsbeziehung danach so, wie sie praktiziert wird, und die praktizierte Beziehung so, wie sie rechtlich zulässig ist. Auf einen Vorrang des in den vertraglichen Absprachen dokumentierten Willens der Beteiligten kommt es vorliegend nicht an; denn die tatsächlichen Verhältnisse weichen von den Regelungen des zwischen der Klägerin und der Beigeladenen zu 1) mündlich Vereinbarten nicht rechtserheblich ab.

35

Anknüpfend an die vom BSG entwickelte Rechtsprechung zur Abgrenzung zwischen abhängiger Beschäftigung und selbständiger Tätigkeit (vgl. z. B. BSG SozR 4-2500 § 7 Nr. 7; BSG USK 2004-25 S 146; BSG SozR 3-2400 § 7 Nrn. 19 und 13) sprechen die mündlichen Abreden als starke Indizien für das Vorliegen einer selbständigen Tätigkeit. Zwar haben die Klägerin und die Beigeladene zu 1) keine schriftlichen Verträge über die einzelnen Einsätze in den Haushalten der Kunden der Klägerin und auch keine schriftliche Rahmenvereinbarung getroffen. Der Inhalt der mündlichen Vereinbarungen steht jedoch zur Überzeugung des Senates aufgrund des Ergebnisses der Beweisaufnahme fest. Während des gesamten Verfahrens haben die beiden Beteiligten durchgehend angegeben, sie seien auf beiden Seiten von einer selbständigen Tätigkeit ausgegangen; eine solche, nicht eine abhängige Beschäftigung, habe ihrem gemeinsamen Willen entsprochen. Die Beigeladene zu 1) hat sogar insoweit ihre Rechtsposition bis in ein eigenes gerichtliches Verfahren und im vorliegenden Verfahren durchgängig vertreten, wobei sich die Angaben der Beigeladenen zu 1) und der Klägerin zu den Inhalten der Vereinbarungen vollständig decken und im Übrigen auch den schriftlich von der Beigeladenen zu 1) erteilten Auftragsbestätigungen entsprechen. Die vereinbarten Einzelheiten, wie sie zur Überzeugung des Senates erwiesen sind – keine vertragliche Bindung über den jeweiligen Einzelauftrag hinaus; keine Verpflichtung, in bestimmtem Umfang Einsätze anzunehmen bzw. anzubieten; Vereinbarung einer pauschalen

36

Vergütung in Form von Tagessätzen; keine Vereinbarung von Sozialleistungen wie Urlaubsgeld, bezahlter Urlaub, Fortzahlung des Arbeitsentgeltes im Krankheitsfall, Weihnachtsgeld, Zuschüsse zur Kranken- oder Rentenversicherung; keine Vereinbarung von Kündigungsfristen; Entfallen des Vergütungsanspruchs bei unterbliebener Leistungserbringung, Vereinbarung der Einbehaltung einer Gewährleistungssumme; keine Befugnis der Klägerin, der Beigeladenen zu 1) andere zumutbare Tätigkeiten zuzuweisen - sprechen aus Sicht des Senates eindeutig für den Willen, eine selbständige Tätigkeit der Beigeladenen zu 1) zu begründen. Dass die Beigeladene zu 1) Sonn- und Feiertagszuschläge, allerdings in pauschaler Form, gefordert und die Klägerin diese gezahlt hat, spricht nicht für eine abhängige Beschäftigung; denn solche Zuschläge sind auch - eindeutig - Selbständigen, z. B. Handwerkern, die außerhalb der üblichen Dienstleistungszeiten Aufträge übernehmen, zu vergüten.

Auch wenn die Tätigkeit einer hauswirtschaftlichen Familienbetreuerin ihrer Art nach grundsätzlich sowohl in abhängiger Beschäftigung als auch in selbständiger Tätigkeit ausgeübt werden könnte, vergleichbar dem Einsatz einer beschäftigten oder selbständigen Krankenpflegekraft, ist vorliegend im Hinblick auf die äußere Gestaltung des jeweiligen Vertragsverhältnisses, die den mündlich getroffenen vertraglichen Vereinbarungen entsprochen hat, die sozialversicherungsrechtliche Selbständigkeit auch umgesetzt worden. Die Beigeladene zu 1) hat in Übereinstimmung mit der Klägerin angegeben, dass sie angebotene Einsätze ohne jede Begründung ablehnen können und dass sie sich selbst dann, wenn sie zuvor Interesse an einem Einsatz bekundet hatte, nach einem Kontakt vor Ort mit dem Kunden noch - folgenlos - entschließen konnte, den Einsatz nicht zu übernehmen. Dem äußeren Anschein einer selbständigen Tätigkeit entspricht weiter der Umstand, dass die Beigeladene zu 1) den Aufwand für sich selbst jeweils neu kalkuliert und in die Verhandlungen über die Höhe des Vergütungsanspruchs hat einfließen lassen; die Tagessätze differieren durchaus. Sie hat Rechnungen geschrieben, wobei sowohl die Rechnungslegung als auch die Auszahlung der Vergütung nach Abschluss des jeweiligen Einsatzes erfolgt sind, also nicht etwa monatsweise, wie dies eher bei einer abhängigen Beschäftigung der Fall wäre. In der weiteren Handhabung hat sich Beigeladene zu 1) ebenfalls als Selbständige verstanden: Sie hat ihre Einkünfte als solche "aus Gewerbebetrieb" versteuert, hatte ein Gewerbe angemeldet und hat für sich und ihre Tätigkeit aktiv geworben, um neue Auftraggeber zu finden, auch wenn sie im streitgegenständlichen Zeitraum - entgegen früheren Äußerungen - außer der Klägerin keine weiteren Auftraggeber gehabt hat. Die Beigeladene zu 1) hat zwar Akquise (Kundenwerbung) betrieben, die jedoch erst in späteren Zeiträumen zu anderen Auftraggebern und sogar zur völligen Lösung von der Klägerin geführt hat.

37

Die Feststellungen des Senates zur weiteren tatsächlichen Umsetzung der zwischen der Klägerin und der Beigeladenen zu 1) bestehenden Vereinbarungen rechtfertigen ebenfalls die Annahme, diese sei in ihrer Tätigkeit für die Klägerin nicht abhängig beschäftigt gewesen und habe nicht der Versicherungspflicht unterlegen. Auch insoweit steht die praktizierte Rechtsbeziehung zu den getroffenen Vereinbarungen nicht in Widerspruch. Entgegen der von der Beklagten vertretenen Auffassung hat die Beigeladene zu 1) bei der Durchführung ihrer einzelnen Einsätze keinem Zeit, Dauer, Ort und Art der Ausführung umfassenden Weisungsrecht der Klägerin unterlegen. Unter Berücksichtigung der vom BSG dazu aufgestellten Grundsätze ist dem Umstand keine entscheidende Bedeutung beizumessen, dass gewisse "Eckpunkte" des jeweiligen Auftrags, wie Beginn und Ende des Einsatzes und grober Inhalt der Tätigkeit, von der Klägerin und letztlich von den Kunden, die ihrerseits in vertraglichen Beziehungen zur Klägerin stehen, vorgegeben gewesen sind. Insoweit ist auf die im Zusammenhang mit der rechtlichen Beurteilung von Lehrtätigkeiten entwickelte

38

Rechtsprechung des BSG anzuknüpfen (BSG USK 2004-25 m. w. N. aus der Rechtsprechung zu § 165 der Reichsversicherungsordnung (RVO)), die auf die Beurteilung der Betreuungstätigkeit der Beigeladenen zu 1) zu übertragen ist. Danach kann allein aus der "geminderten Autonomie" der Familienbetreuerin bei der Durchführung der einzelnen Einsätze nicht auf eine Weisungsgebundenheit im geforderten Sinne und damit auf eine persönliche Abhängigkeit von der Klägerin geschlossen werden. Die Beweisaufnahme hat zudem deutlich gemacht, dass der Klägerin auch über die neben der Klägerin eingesetzte, examinierte Kraft keine Weisungsbefugnis zugestanden hat. Diese hat sich nicht bezüglich Zeit, Dauer, Ort und Art der Ausführung der Tätigkeit durch die Beigeladene zu 1) eingemischt und diese auch nicht in ihren Arbeitsergebnissen kontrolliert. Wie die Beigeladene zu 1) glaubhaft bekundet hat, ist eine solche Kontrolle auch in der Abzeichnung des sog. Übergabeprotokolls bei einem Personalwechsel zu sehen. Die Mitarbeiterin der Klägerin hat im konkreten Fall, der allein zur Beurteilung ansteht, lediglich Kenntnis genommen. Es hat auch keine Gespräche mit der Beigeladenen zu 1) über mögliche Mängel in der Erbringung der Dienstleistung gegeben; vielmehr hat es seitens der Kunden keine solchen Rügen gegeben.

Für eine Selbständigkeit der Beigeladenen zu 1) spricht weiter, dass von dieser - außerhalb der Einsätze - keine ständige Dienstbereitschaft erwartet worden ist. Das wäre etwa der Fall, wenn die Einsätze der Familienbetreuerin in Dienstplänen aufgeführt wären, die die Klägerin ohne vorherige Absprache mit der Beigeladenen zu 1) erstellt hätte (BSG SozR 4-2500 § 7 Nr. 7 m. w. N.). Die Aufnahme der Beigeladenen zu 1) in einen Einsatzplan, der alle für die Klägerin tätig werdenden Betreuerinnen umfasst hat, hat gerade nicht stattgefunden. Die Klägerin hat nicht einmal in den Fällen Einfluss auf die Beigeladene zu 1) genommen, einen bestimmten angebotenen Einsatz zu übernehmen, wenn ein Kunde gerade sie "angefordert" hatte; dies, obwohl sich die Klägerin vertraglich gegenüber ihren Kunden sogar verpflichtet hatte, nach Wunsch des Kunden möglichst wenige Betreuerinnen einzusetzen. Vielmehr hat sich die Beigeladene zu 1) bei der Entscheidung, ob sie einen bestimmten Einsatz übernehmen wolle, eher an ihren eigenen Bedürfnissen ausgerichtet, auch wenn ihr wirtschaftliches Interesse auf die Erbringung der angeforderten Leistung hätte ausgerichtet sein müssen. Sie hat insoweit glaubhaft angegeben, dass sie kein Interesse an wiederkehrenden Einsätzen bei bekannten Kunden gehabt habe, dass sie immer wieder Neues habe kennen lernen wollen, dass sie Aufträge mit dem Interesse, bestimmte Städte kennen lernen zu wollen, verbunden habe und dass sie sich auch gegen die Übernahme von Aufträgen, unabhängig von den Inhalten, entschieden habe, wenn ihr das Wetter zu schön erschien um zu arbeiten oder wenn sie ihrem Ehemann zuliebe eine Zeitlang habe zu Hause bleiben wollen. Die Klägerin und die Beigeladene zu 1) haben ebenfalls übereinstimmend vorgetragen, dass Letztere nicht aus einem laufenden Einsatz abgezogen worden ist, wenn ein anderer Kunde gerade von ihr habe betreut werden wollen.

39

Außerdem vermag der Senat auch aus der Führung der Dokumentationen keine Schlussfolgerung auf das Bestehen einer abhängigen Beschäftigung zu ziehen. Zum einen sind diese Dokumentationen aus Sicht der Klägerin zwar erwünscht, aber im Verhältnis zu der Beigeladenen zu 1) nicht gefordert gewesen. Die Klägerin hätte eine entsprechende Verpflichtung, insbesondere nicht in einem bestimmten Umfang, auch nicht durchsetzen können. Im Übrigen sind auch eindeutig Selbständige, wie Handwerker, den Auftraggebern gegenüber dokumentationspflichtig, um den Vergütungsanspruch zu rechtfertigen, wie sich beispielhaft aus der Verdingungsordnung für Bauleistungen (VOB) ergibt.

40

Die Beigeladene zu 1) ist auch nicht wie eine Beschäftigte in den Betrieb der Klägerin eingegliedert gewesen. Die Familienbetreuerin hat sich bei der Erbringung der

41

Dienstleistungen nicht in den Betriebsräumen der Klägerin aufgehalten; sie hat vielmehr ihre Tätigkeiten ausschließlich in den Haushalten der Kunden erbracht. Auch sind ihre Einsätze, wie bereits dargelegt, nicht durch einseitig aufgestellte Dienstpläne geregelt gewesen mit der Folge, dass die Klägerin nicht wie bei Beschäftigten innerhalb eines bestimmten zeitlichen Rahmens über die Arbeitskraft der Beigeladenen zu 1) hat frei verfügen können. Auch aus dem Umstand, dass jeweils einzelne, gesonderte, nur relativ kurze Vertragsverhältnisse von in der Regel vierzehn Tagen Dauer begründet worden sind, ergibt sich nicht, dass die Beigeladene zu 1) in Beschäftigungsverhältnissen gestanden hätte. Aus einer Aneinanderreihung kurzer Vertragsverhältnisse kann rechtlich lediglich gefolgert werden, dass ein Dauerrechtsverhältnis nicht begründet ist, vielmehr einzelne Rechtsverhältnisse bestehen und die Familienbetreuerin nach Beendigung eines einzelnen Auftrags nicht verpflichtet ist, einen neuen Auftrag anzunehmen. In diesem Sinne wird stets aufs Neue die Entschließungsfreiheit betätigt, eine weitere einzelne Vertragsbeziehung zu begründen oder nicht (siehe auch BSG SozR 4-2500 § 7 Nr. 7 m. w. N.). Insbesondere handelt es sich wegen des zumeist vierzehntägigen Einsatzes je Auftrag nicht um sog. unständige Beschäftigungen. Solche sind anzunehmen, wenn sie nach der Natur der Sache auf weniger als eine Woche beschränkt/befristet zu sein pflegen bzw. im Voraus durch Arbeitsvertrag beschränkt/befristet sind (vgl. § 27 Abs. 3 Nr. 1 Sozialgesetzbuch Drittes Buch (SGB III), § 163 Abs. 1 S. 2 SGB VI).

Schließlich ist auch ein sogenanntes Unternehmerrisiko der Beigeladenen zu 1) zu bejahen, das ebenfalls für eine selbständige Tätigkeit spricht. Nach den vom BSG entwickelten Grundsätzen (vgl. etwa BSG Die Sozialversicherung (SozVers) 2001, 329, 332 m. w. N.) ist maßgebliches Kriterium für ein solches Risiko, ob eigenes Kapital oder die eigene Arbeitskraft auch mit der Gefahr des Verlustes eingesetzt wird, der Erfolg des Einsatzes der sächlichen oder persönlichen Mittel also ungewiss ist. Die Beigeladene zu 1) setzte ihre Arbeitskraft, wenn auch nur in bestimmten Umfang, in diesem Sinne mit der Gefahr des Verlustes ein. Im Zusammenhang mit der Verwertung ihrer Arbeitskraft hat die Beigeladene zu 1), wenn auch in verringertem Umfang, das Risiko der Insolvenz des Kunden, an der die Klägerin die Beigeladene zu 1) beteiligt hat, ebenso das Risiko der Honorarkürzung wegen Schlechtleistung getragen; insoweit hat sie auch temporäre Einbehaltungen von der Vergütungen hinnehmen müssen. Weiter hat sie Arbeitszeit (Hin- und Rückfahrt) und Kapital (Reisekosten) mit dem Risiko, dieses nicht bzw. nicht vollumfänglich vergütet zu erhalten, in den Fällen eingesetzt, in denen sie beispielsweise nach Anreise von ihrem Wohnort Finsterwalde nach Nordrhein-Westfalen festgestellt hat, dass die "Chemie" zwischen ihr und dem Kunden nicht stimme, und sie den Auftrag abgelehnt oder vorzeitig abgebrochen hat. In gleicher Weise hat sie das Risiko getroffen, dass sie den Einsatz nicht in vollem Umfang ausführen könne - mit der Folge, dass sich gegebenenfalls die Reisekosten nicht amortisierten -, wenn der Kunde während eines Einsatzes verstorben oder in ein Krankenhaus oder Heim verlegt worden ist. Diesem Risiko hat jedoch eine größere Unabhängigkeit gegenüber gestanden. Die Beigeladene zu 1) hat je nach Lebenssituation entschieden, ob sie überhaupt arbeiten wolle, bei welchem Kunden, in welcher Häufigkeit, mit welchen Pausen zwischen den Einsätzen, in welcher Jahreszeit. Dagegen ist ein Unternehmerrisiko hier nicht deshalb zu verneinen, weil die Familienbetreuerin für ihre Einsätze nach der mündlichen Vereinbarung und in aller Regel auch tatsächlich pauschal vergütet worden ist, die Höhe ihres Verdienstes von ihrem Arbeitseinsatz also gerade nicht abgehangen hat. Im Übrigen hat die Klägerin Fortbildungen finanziert und insoweit Kapital eingesetzt, das sich nur amortisiert hat, wenn sie auch entsprechende Einsätze übernommen hat. Diese Fortbildungen hat die Beigeladene zu 1) selbst finanziert; dies gilt auch für die ursprüngliche "Ausbildung" in der "Akademie für Aus- und Weiterbildung". Dies sind Kosten des Erwerbs der notwendigen Kenntnisse und Fertigkeiten, die als weitere Indizien für ein

Unternehmerrisiko gewertet werden können.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 197a SGG i. V. m. § 154 Abs. 2 VwGO und § 162 Abs. 3 VwGO. Der Beklagten fallen die Kosten des Verfahrens zur Last; denn diese hat ohne Erfolg das Rechtsmittel eingelegt. Die außergerichtlichen Kosten der Beigeladenen zu 1). hat der Senat aus Billigkeitsgründen ebenfalls der Beklagten auferlegt. Die Beigeladene hat durchgehend den rechtlichen Standpunkt, dem die Beklagte widersprochen hat, vertreten, dass sie eine selbständige Tätigkeit für die Klägerin ausgeübt habe. 43

Wegen grundsätzlicher Bedeutung der Rechtssache hat der Senat die Revision zugelassen, § 160 Abs. 2 Nr. 1 SGG. 44