

Landessozialgericht Baden-Württemberg

L 5 R 2329/12

S 17 R 3913/10

Im Namen des Volkes

Urteil

Der 5. Senat des Landessozialgerichts Baden-Württemberg in Stuttgart hat auf Grund der mündlichen Verhandlung vom 20.03.2013 für Recht erkannt:

Auf die Berufung der Beklagten wird das Urteil des Sozialgerichts Stuttgart vom 24.04.2012 aufgehoben und die Klage abgewiesen.

Die Klägerin trägt die Kosten des Verfahrens in beiden Rechtszügen mit Ausnahme der außergerichtlichen Kosten der Beigeladenen.

Der Streitwert für das Berufungsverfahren wird auf 5.000,00 € festgesetzt.

Tatbestand

Die Beteiligten streiten darüber, ob der Beigeladene Ziff. 1 in seiner für die Klägerin ausgeübten Tätigkeit als Rettungsassistent in der Luftrettung der Sozialversicherungspflicht unterliegt.

Die Klägerin ist eine Stiftung zur Flugrettung in der Rechtsform einer gemeinnützigen AG.

Am 24.06.2009 beantragte der Beigeladene Ziff. 1 die Feststellung des sozialversicherungsrechtlichen Status seiner Tätigkeit für die Klägerin. Im Antragsbogen gab er an, dass er seit dem 01.01.2006 als Rettungsassistent in der Luftrettung für die Klägerin tätig sei. Er arbeite am Betriebssitz seines Auftraggebers. Er habe jedoch keine Arbeits- oder Anwesenheitszeiten einzuhalten. Ihm würden Weisungen hinsichtlich der Ausführung seiner Tätigkeit erteilt. Der Auftraggeber könne sein Einsatzgebiet nicht ohne seine Zustimmung verändern. Die Einstellung von Vertretern bzw. Hilfskräften durch ihn sei von der Zustimmung

des Auftraggebers abhängig. Der Beigeladene Ziff. 1 beantragte nach § 7a Abs. 1 SGB IV festzustellen, dass ein versicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis nicht vorliege.

Ergänzend teilte der Beigeladene Ziff. 1 auf Nachfrage der Beklagten mit, dass er sich im Internet auf dem Dienstplan zu ihm passenden Tagen und Zeiten eintrage. Er sei als Rettungsassistent und HEMS-Crew Member tätig. Auf dem Flug zum Einsatzort sei es seine Aufgabe, den Piloten beim Navigieren zu unterstützen, indem er u.a. das GPS bediene, den Luftraum beobachte, Flugfunkkanäle einstelle und funke, geeignete Landeplätze wähle. Er sei in die Flugvorbereitung, Durchführung und Nachbereitung eingebunden. Am Einsatzort assistiere er dem Notarzt bei der medizinischen Versorgung des Patienten. Er sei für die Patientenvorbereitung zum Transport im Hubschrauber zuständig und bediene medizinische Geräte. Die Bereitschaftszeit sei von 07.30 Uhr bis Sonnenuntergang, die tatsächliche Arbeitszeit erfolge ab Alarmierung der Leitstelle. Er sei durchschnittlich drei Tage im Monat im Bereitschaftsdienst tätig. Auf die Frage, ob er mit anderen Mitarbeitern zusammenarbeite, antwortete der Beigeladene Ziff. 1, dass er mit dem Piloten in der Navigation, mit dem Notarzt in der Patientenversorgung zusammenarbeite. Zum Beleg seiner Vergütung übersandte der Beigeladene Ziff. 1 einen Dienstplan für den Monat Januar 2009 als Muster und die Abrechnungen von Januar 2006 bis Juli 2009 in Kopie, aus der sich eine Vergütung zum Stundensatz von 12 € ergibt. Regional gebe es als Auftraggeber für seine Tätigkeit als Luftrettungsassistent derzeit nur die D. am Standort B.. Anderen Anbietern könne er seine Arbeitskraft daher leider nicht zur Verfügung stellen. Um dem Anbieter zur Verfügung zu stehen, würden die Fahrtkosten zu Fortbildungen, Fortbildungskosten, Fahrtkosten zum Hubschrauberstandort, Arbeitsmittel und Teile der Arbeitskleidung von ihm selbst getragen. Hubschrauber, medizinische Geräte, Medikamente, Navigationshilfsmittel etc. würden vom Auftraggeber gestellt. Auf weitere Nachfrage der Beklagten teilte die Ehefrau des Beigeladenen Ziff. 1 telefonisch mit, dass ein schriftlicher Vertrag über die Tätigkeit für die D. nicht existiere.

Mit gleichlautenden Schreiben vom 07.10.2009 hörte die Beklagte die Klägerin und den Beigeladenen Ziff. 1 bezüglich der Feststellung des sozialversicherungsrechtlichen Status des Beigeladenen Ziff. 1 an. Es sei beabsichtigt, einen Bescheid über das Vorliegen einer abhängigen Beschäftigung zu erlassen. Folgende Merkmale sprächen für ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis:

- Die Tätigkeit werde am Betriebssitz des Auftraggebers ausgeübt.
- In der Ausübung der Tätigkeit sei der Beigeladene Ziff. 1 an Weisungen des Auftraggebers gebunden.

- Ein unternehmerisches Risiko bestehe nicht.
- Die Dienstzeiten würden durch den Auftraggeber vorgegeben. Es existiere ein Dienstplan.
- Die Tätigkeit werde gemeinsam mit festangestellten Mitarbeitern des Auftraggebers ausgeübt.
- Während der Tätigkeit bestehe eine Eingliederung in die Arbeitsorganisation des Auftraggebers.

Merkmale für eine selbstständige Tätigkeit lägen nicht vor.

Der Beigeladene Ziff. 1 ließ mit Schreiben seines Steuerberaters vom 06.11.2009 ausführen, dass er nur bedingt dem Weisungsrecht seines Auftraggebers unterliege, nämlich als es einem Luftrettungsassistenten nur eingeschränkt erlaubt sei, ohne ärztliche Anweisung und Anleitung überhaupt tätig zu werden. Insoweit erstrecke es sich lediglich auf die Dauer des einzelnen Auftrages als Luftrettungsassistent und HEMS-Crew Member am jeweiligen Einsatztag. Der übliche Auftrag erstrecke sich auf die Zeit vom Sonnenaufgang bis Sonnenuntergang. Es könne durchaus vorkommen, dass die Einsatzzeiten sich spontan (einsatzbedingt) verlängerten. Hinsichtlich der Aufträge sei der Beigeladene Ziff. 1 nicht in einen bindenden Schichtdienstplan eingebunden. Es stelle sich so dar, dass sich der Beigeladene Ziff. 1 in einem Onlinezeitplan anbieten könne. Eine Garantie für die Annahme seitens des Auftraggebers bestehe aber nicht. Der Auftraggeber wähle Teile seiner Besatzung auf Basis der vorliegenden Online-Angebote auch anderer freiberuflich tätiger Mitbewerber aus. Ein Weisungsrecht liege im Rahmen des Auftrages lediglich in berufsrechtlicher Hinsicht vor, da er wie beispielsweise eine selbstständige Krankenschwester oder Altenpflegerin zum Teil nur unter ärztlicher Anweisung tätig werden dürfe. Darüber hinaus regele der Beigeladene Ziff. 1 aufgrund seiner Qualifikation seine Arbeitsabläufe selbst. Dass der Beigeladene Ziff. 1 dabei an die rechtlichen Vorgaben in medizinischer Hinsicht wie in luftfahrtsrechtlicher Hinsicht gebunden sei, führe noch nicht zu einer unselbstständigen Tätigkeit. Auch bezüglich der Einsatzorte sei der Beigeladene Ziff. 1 nicht weisungsgebunden. Es bestehe die Möglichkeit, die Tätigkeit als Luftrettungsassistent und HEMS-Crew Member außer am Standort B. noch beispielsweise an den Standorten N. und G. auszuüben. Die D. nehme als einziger Anbieter in Deutschland insoweit eine nationale hoheitliche Aufgabe wahr. Der Beigeladene Ziff. 1 könne auch uneingeschränkt über die eigene Arbeitskraft und die Arbeitszeit verfügen. Er allein entscheide, ob er sich um einen Auftrag bewerbe. Es sei in keinem Fall seinem Auftraggeber verpflichtet, einen ungewollten Auftrag anzunehmen. Das unternehmerische Risiko habe der Beigeladene Ziff. 1 sogar im erhöhten Maße zu tragen. Sollte er erkranken, liege das Verdienstauffallrisiko allein bei ihm. Er müsse

sich auf eigene Kosten und eigenverantwortlich regelmäßig hinsichtlich Sicherheitstechnik, Medizintechnik und Gesundheitskunde fortbilden. Tue er dies nicht, müsse er damit rechnen, entweder aus rechtlichen Gründen oder aufgrund besserer Qualifikation der Mitbewerber keine Aufträge mehr zu bekommen. Ferner sei er für die entsprechende Arbeitskleidung und Ausrüstung selbst verantwortlich. Von der Klägerin sei ihm mitgeteilt worden, dass die freiberufliche Tätigkeit anderer Luftrettungsassistenten und HEMs-Crew Member durch die Beklagte nicht angezweifelt worden sei. Die unterschiedliche Behandlung gleicher Sachverhalte sei nicht nachvollziehbar.

Mit Bescheiden vom 24.11.2009 wurde sowohl gegenüber der Klägerin als auch gegenüber dem Beigeladenen Ziff. 1 festgestellt, dass die Tätigkeit als Flug-Rettungsassistent bei der Klägerin seit 01.01.2006 im Rahmen eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses ausgeübt werde und Versicherungspflicht dem Grunde nach mit Aufnahme der Beschäftigung beginne. Zur Begründung verwies die Beklagte auf die bereits angeführten Merkmale für ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis. Des Weiteren sei der Beigeladene Ziff. 1 auch gegenüber den Patienten ausschließlich im Namen und auf Rechnung des Auftraggebers tätig. Nach außen erscheine er als Mitarbeiter der D. St. Luftrettung gemeinnützige AG. Im allgemeinen Geschäftsverkehr werde er somit nicht als selbstständig Tätiger wahrgenommen. Dass der Beigeladene Ziff. 1 Aufträge ablehnen könne, im Krankheitsfall keine Vergütung erhalte und eigene Arbeitskleidung stelle, führe nicht zu einer anderen Entscheidung. Ort und Zeit der Tätigkeit würden dem Beigeladenen Ziff. 1 bei Annahme eines Auftrages vorgegeben. Die Leistung müsse dabei als funktionsgerecht dienend in die Arbeitsorganisation des Auftraggebers eingliedert angesehen werden. Das Fehlen von vertraglichen Regelungen über Urlaubsanspruch und Lohnfortzahlungen im Krankheitsfall schließe das Vorliegen einer abhängigen Beschäftigung nicht aus. Der wirtschaftliche Aufwand für den Erwerb eigener Arbeitskleidung sei nicht so hoch, dass damit auch ein erhebliches wirtschaftliches Risiko infolge des damit verbundenen Aufwands begründet werden könne. Auch die Kosten für Fortbildungsmaßnahmen stellten kein unternehmerisches Risiko dar.

Mit Schreiben vom 02.12.2009, eingegangen bei der Beklagten am 04.12.2009 legte der Beigeladene Ziff. 1 vertreten durch seinen Steuerberater Widerspruch ein. Diesen Widerspruch genehmigte der Beigeladene Ziff. 1 mit Erklärung vom 18.12.2009 als seinen eigenen. Eine Weisungsgebundenheit bestehe allein auf Basis der gesetzlichen Vorschriften. Dass der Auftraggeber auch festangestellte Mitarbeiter einsetze, habe seine Ursache darin, dass mittels der festangestellten Mitarbeiter lediglich die Grundversorgung sichergestellt werde. Er werde in

seinem Tätigkeitsbereich sowohl von der Klägerin als auch von seinen Kollegen als selbstständiger Unternehmer wahrgenommen. Der allgemeine Inhalt seiner Tätigkeit richte sich jeweils von Auftrag zu Auftrag und nach den jeweils an diesem Tag eingehenden Notrufen. Er entscheide, an welchem Stützpunkt der D. er seine Dienste anbieten wolle. In seiner Tätigkeit im Gesundheitssektor sei er nicht nur für die Klägerin tätig. Er übe weitere selbstständige Tätigkeiten aus, sei staatlich geprüfter Desinfektor und biete hierzu Seminare und Fortbildung an. Des Weiteren bietet er Leistungen als organisatorischer Leiter Rettungsdienst im Landkreis D. an.

Mit Schreiben vom 14.12.2009 nahm die Klägerin Stellung zum Anhörungsschreiben der Beklagten vom 07.10.2009. Sie verwies u.a. auf die Rechtsprechung des Bundessozialgerichts im Urteil vom 28.05.2008 (B 12 KR 13/07 R), in dem das Bundessozialgericht so genannte Freelance-Piloten als selbstständig tätige Personen eingestuft habe. Der streitgegenständliche Vertrag zwischen dem Luftfahrtunternehmen und dem Piloten entspreche weitgehend der hier zugrunde liegenden Rahmenvereinbarung zwischen der H. GmbH & Co. KG und dem Rettungsassistenten vorbehaltlich der Spezifika der Luftrettung gegenüber dem allgemeinen Lufttransport. Nach der vorliegenden zwischen allen Rettungsassistenten und der D. getroffenen Vereinbarung sei ein selbstständiges Auftragsverhältnis unter bewusster und gewollter Negierung eines Anstellungsverhältnisses geschlossen worden. Die weiteren vertraglichen Bedingungen bestätigten diese Festlegung. So liege Eigenverantwortlichkeit bezüglich der Einhaltung vertraglicher Pflichten, Entschließungsfreiheit bezüglich des Ob der Übernahme von Einsatztagen als auch der Anzahl der zu leistenden Einsätze seitens des Assistenten, Entschließungsfreiheit der D. bezüglich des Ob und der Anzahl der Beschäftigung des Assistenten, Wettbewerbsfreiheit des Assistenten zur Übernahme von Aufträgen Dritter, Weisungsfreiheit im Rahmen der „geminderten Autonomie“ aufgrund des Kompetenzvorbehaltes des Arztes, Einhaltung luftfahrtrechtlicher Bestimmungen, selbstständige Rechnungsstellung und Pauschalvergütung vor. Die örtliche Weisungsgebundenheit ergebe sich aus der Sachnotwendigkeit, dass ein Hubschrauberrettungsassistent im Hubschrauber fliegen müsse und nicht alternativ mit dem eigenen Fahrrad/Moped/Auto zum Einsatzort gelangen könne. Auch wenn ein monatlicher Dienstplan vorliege, ergebe sich diese Notwendigkeit aus dem Sachzwang des Sicherstellungsauftrages der Notfallrettung.

Mit Bescheiden vom 02.03.2010 gegenüber der Klägerin und dem Beigeladenen Ziff. 1 wurden die Bescheide vom 24.11.2009 dahingehend abgeändert, dass bei der vom Beigeladenen Ziff. 1 ausgeübten Beschäftigung als Flugrettungsassistent bei der Klägerin ab dem 01.01.2006

Versicherungspflicht in der Krankenversicherung (§ 5 Abs. 1 Nr. 1 SGB V), der Pflegeversicherung (§ 20 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 in Verbindung mit Satz 1 SGB XII), der Rentenversicherung (§ 1 Satz 1 Nr. 1 SGB VI) sowie nach dem Recht der Arbeitsförderung (§ 25 Abs. 1 Satz 1 SGB III) bestehe. Die Änderung ergehe aufgrund der Urteile des Bundessozialgerichts vom 11.03.2009 (B 12 R 11/07 R) sowie vom 04.06.2009 (B12 R 6/08 R).

Die Klägerin legte hiergegen am 15.03.2010 Widerspruch ein und wiederholte zur Begründung ihr Vorbringen aus dem Anhörungsverfahren. Der Beigeladene Ziff. 1 legte mit Schreiben vom 18.03.2010 ebenfalls Widerspruch gegen den Änderungsbescheid ein.

Mit Schreiben seiner Bevollmächtigten vom 06.05.2010 ließ der Beigeladene Ziff. 1 mitteilen, dass er hauptberuflich beim D. R. K. als stellvertretender Wachenleiter und als so genannter „Desinfektor“ abhängig beschäftigt sei. Daneben sei er zum einen für den Landkreis D. seit 2005 als organisatorischer Leiter des Rettungsdienstes des Landkreises D. aktiv und bilde zusammen mit dem Notarzt die örtliche Einsatzleitung Rettungsdienst. Zum anderen sei er zwei- bis dreimal monatlich im Rahmen von Bereitschaftsdiensten als Rettungsassistent für die D. in der Luftrettung tätig. Er sei nicht in den Betrieb der Klägerin eingegliedert. Die D. arbeite mit einigen festangestellten Rettungsassistenten. Zusätzlich würden mehrere Dutzend Rettungsassistenten als freie Mitarbeiter eingesetzt. Beide Parteien hätten übereinstimmend ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis ausgeschlossen und eine Tätigkeit auf Honorarbasis gewollt. Ein schriftlicher Vertrag bestehe nicht. Das Sozialgericht Detmold (Urt. v. 17.11.2009 - S 8 (2) R 219/06 -) habe bezüglich des Einsatzes von selbstständig tätigen Notärzten im Rettungsdienst als ausschlaggebenden Punkt für eine selbstständige Tätigkeit angesehen, dass die von dem Träger des Rettungsdienstes eingesetzten Notärzte nicht verpflichtet gewesen seien, am Rettungsdienst teilzunehmen. Der Beigeladene Ziff. 1 ließ auf die Entscheidung des BSG vom 28.05.2008 bezüglich des Einsatzes von Piloten im Charterdienst als so genannte Freelancer verweisen. Er sei für mehrere Auftraggeber tätig und er habe in Extremsituationen etwa bei ungünstigen Wetterlagen auch die Letztverantwortung, ob er an einem Einsatz teilnehme oder nicht. Piloten und Notärzte hätten insoweit kein Weisungsrecht.

Die Beklagte wies die Widersprüche jeweils mit Widerspruchsbescheid vom 09.06.2010 gegenüber dem Beigeladenen zu Ziff. 1 und der Klägerin zurück. Ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis liege vor, da Vereinbarungen getroffen und praktiziert würden, die zur Folge hätten, dass der Beigeladene Ziff. 1 seine Tätigkeit nicht im Wesentlichen frei gestalten und die Arbeitszeit bestimmen könne. Der Beigeladene Ziff. 1 habe sich zu den Einsätzen in

Form von Bereitschaftsdiensten in den an den Stützpunkten der Klägerin jeweils dafür bereitgestellten Räumen aufzuhalten. Daneben übe er seine Tätigkeit im Hubschrauber und an den Einsatzorten aus. Seine Arbeitszeiten ergäben sich aus den Dienstplänen der Klägerin, wobei seine Einsatzwünsche berücksichtigt würden. Während der Bereitschaftszeit habe der Beigeladene Ziff. 1 ständig Präzisierungen in Bezug auf die Arbeitsleistung zu erwarten. Durch seine Einbindung in den alltäglichen Rettungsdienst verbleibe ihm kein größerer Spielraum in Bezug auf die Arbeitszeit, da ständig und sehr kurzfristig die entsprechende Arbeit zu erbringen sei. Seine Arbeitsleistung sei funktionsgerecht dienend in die fremden Betriebsabläufe der Klägerin integriert, die die Sicherstellung des Rettungsdienstes betreffe. Mit der schwankenden Zahl der monatlich geleisteten Arbeitsstunden seien weder unternehmerische Chancen noch Risiken in größerem Umfang verbunden. Die Vergütung erfolge nach der aufgewandten Arbeitszeit, es bestehe keine Möglichkeit, durch schnelleres Arbeiten Gewinn zu erzielen. Kapital werde ebenfalls nicht eingesetzt. Nach einer Gesamtwürdigung aller zur Beurteilung relevanten Tatsachen würden die Merkmale für eine abhängige Beschäftigung überwiegen.

Am 29.06.2010 erhob die Klägerin Klage beim Sozialgericht Stuttgart. Sie führte zur Begründung aus, dass ein Luftrettungsteam am Tag aus einem und nachts aus zwei Piloten, je einem Notarzt und einem Rettungsassistenten bestehe. Bei Bedarf würden außerdem Fachpfleger für Anästhesiologie und Intensivmedizin eingesetzt. Die Piloten seien bei der Klägerin als festangestellte Mitarbeiter beschäftigt. Die Notärzte, Rettungsassistenten und Fachpfleger Anästhesiologie und Intensivmedizin seien auf Grundlage freier Dienstverträge als selbstständige Unternehmer bzw. freie Mitarbeiter eingesetzt. Die Klägerin habe keine festangestellten Rettungsassistenten. Die Notärzte seien entweder selbstständig tätig oder würden auf Basis eines so genannten Gestellungsvertrages von Kliniken zur Dienstleistung an die jeweilige Station abgestellt. Für die Organisation der Dienste gelte Folgendes: Der Stationsleiter versende vier Wochen im Voraus einen Bereitschaftsplan an alle seine Dienstleister mit der Bitte, die jeweiligen Verfügbarkeiten einzutragen. Dies erfolge durch die betreffenden Personen dann auf freiwilliger Basis und so, wie es ihnen in der jeweiligen Zeitperiode am besten in ihren Plan passe. Sollte es dazu kommen, dass einzelne Bereitschaftstage nicht personell abgedeckt werden könnten, werde auf Freelancer anderer Stationen zurückgegriffen. Der vorliegende Sachverhalt sei mit dem Sachverhalt des Urteils des BSG vom 28.05.2008 (B 12 KR 13/07 R) vergleichbar. Im vorliegenden Fall trage der Rettungsassistent das volle Unternehmerrisiko, da er im Falle der Krankheit oder eines sonstigen Ausfalles keinerlei Zahlung erhalte und auch keinen Anspruch hierauf habe. Er müsse auch dafür Sorge tragen, dass er fachlich fähig durch die Wahrnehmung seiner Fortbildungsobliegenheit und persönlich fit durch Erhaltung der Flugtauglichkeit bleibe.

Bezüglich der Weisungsgebundenheit sei anzuführen, dass auch der Arzt freiberuflich tätig sei und damit nicht von einer fachlichen Weisungsgebundenheit gesprochen werden könne. Auch die organisatorische Weisungsgebundenheit sei durch die Aufgabenerfüllung des Luftrettungsdienstes bedingt. Ein Unternehmerrisiko liege vor. Es bestehe auch keine zeitliche Weisungsgebundenheit, da es der Rettungsassistent völlig frei in der Hand habe, ob und wie viele Dienste er pro Monat leisten wolle. Die Übernahme der Versicherung ergebe sich aus der Vorgabe öffentlich-rechtlicher Beleihung, in welcher im Rahmen der Ausschreibungsbedingungen bestimmte Versicherungsstandards gefordert seien, die nicht individuell, sondern nur in der Gruppe garantiert werden könnten. Die Rechnungslegung erfolge durch den Rettungsassistenten. Die Vorgabe eines Musters habe EDV-technische Gründe. Des Weiteren sei zu bemerken, dass das Bundesministerium der Finanzen in einem Erlass vom 22.10.2004 festgehalten habe, dass Rettungsassistenten eine den Ärzten vergleichbare Tätigkeit ausübten und daher freiberuflich im Sinne des § 18 EStG und nicht nichtselbstständig seien.

Die Beklagte führt zur Klageerwiderung an, dass ein Unterschied in der praktischen Arbeitsausführung zwischen den beschäftigten Rettungsassistenten in einem Rettungswagen und der Tätigkeit des Beigeladenen Ziff. 1 für die Klägerin nicht zu erkennen sei. Sämtliche benötigten Materialien würden von der Klägerin gestellt und der Beigeladene Ziff. 1 sei fachlich gegenüber dem Notarzt weisungsgebunden. Bezüglich des von der Klägerin angeführten Arguments, dass der Beigeladene Ziff. 1 über die eigene Arbeitskraft frei verfügen könne, weil es ihm freistehe, sich in den Bereitschaftsplan einzutragen oder nicht, habe das Landessozialgericht Berlin mit Urteil vom 26.11.1986 (L 9 KR 8/85) überzeugend dargelegt, dass daraus rechtlich lediglich folge, dass kein Dauerrechtsverhältnis, sondern jeweils befristete Rechtsverhältnisse begründet würden. Vor diesem Hintergrund erweise sich die Möglichkeit, Aufträge ablehnen zu können, nicht als unternehmerische Gestaltungs- oder Weisungsfreiheit, sondern rechtlich als selbstverständliche Entschließungsfreiheit, eine Rechtsbeziehung zu begründen oder nicht. Der Beigeladene Ziff. 1 habe seine Arbeitskraft entsprechend den Eintragungen in den Bereitschaftsplan der Klägerin zur Verfügung zu stellen. Während der Bereitschaft unterstehe er dem Weisungsrecht der Klägerin hinsichtlich Zeit, Ort und Art und Weise der Arbeit. Das Urteil des Bundessozialgerichts vom 28.05.2008 (B 12 KR 13/07 R) zu den so genannten Freelance-Piloten sei als Entscheidung im Einzelfall zu betrachten, die keine über den Einzelfall hinausgehende Wirkung entfalte. Rettungsassistenten seien ausschließlich im Rahmen einer abhängigen Beschäftigung tätig. Eine selbstständige Tätigkeit als Rettungsassistent sei nicht denkbar. So gehe auch die Bundesagentur für Arbeit auf ihrer

Internetseite Berufenet nicht von einem möglichen Schritt in die Selbstständigkeit im Unterschied zum Beruf der Ärzte aus.

Mit Beschlüssen vom 06.12.2010 und vom 03.04.2012 wurden der Rettungsassistent E. B. sowie die T. und die Agentur für Arbeit N. zum Verfahren notwendig beigeladen.

Mit Urteil vom 24.04.2012 hob das Sozialgericht den Bescheid der Beklagten vom 24.11.2009 in der Gestalt des Änderungsbescheides vom 02.03.2010 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 09.06.2010 auf und stellte fest, dass der Beigeladene Ziff. 1 bei seiner Tätigkeit für die Klägerin seit dem 01.01.2006 nicht der Versicherungspflicht in der Krankenversicherung (§ 5 Abs. 1 Nr. 1 SGB V), der Pflegeversicherung (§ 20 Abs. 1 5. 2 Nr. 1 i. V. m. S. 1 SGB XI), der Rentenversicherung (§ 1 S. 1 Nr. 1 SGB VI) sowie nach dem Recht der Arbeitsförderung (§ 25 Abs. 1 5. 1 SGB III) unterliege.

Die Beklagte habe zu Unrecht festgestellt, dass der Beigeladene Ziff. 1 bei seiner Tätigkeit für die Klägerin seit dem 01.01.2006 der Versicherungspflicht zu allen Zweigen der Sozialversicherung unterliege. Seine Tätigkeit für die Klägerin stelle keine abhängige Beschäftigung sondern eine selbstständige Tätigkeit dar.

Beurteilungsmaßstab für das Vorliegen einer abhängigen Beschäftigung sei § 7 Abs. 1 SGB IV. Danach sei die Beschäftigung die nicht selbstständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis. Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundessozialgerichts setze eine Beschäftigung voraus, dass der Arbeitnehmer vom Arbeitgeber persönlich abhängig sei. Bei einer Beschäftigung in einem fremden Betrieb sei dies der Fall, wenn der Beschäftigte in dem Betrieb eingegliedert sei und dabei einem Zeit, Dauer, Ort und Art der Ausführung umfassenden Weisungsrecht des Arbeitgebers unterliege. Demgegenüber sei eine selbstständige Tätigkeit vornehmlich durch das eigene Unternehmerrisiko, das Vorhandensein einer eigenen Betriebsstätte, die Verfügungsmöglichkeit über die eigene Arbeitskraft und die im Wesentlichen frei gestaltete Tätigkeit und Arbeitszeit gekennzeichnet. Ob jemand abhängig beschäftigt oder selbstständig tätig sei, hänge davon ab, welche Merkmale überwiegen würden. Maßgebend sei stets das Gesamtbild der Arbeitsleistung (BSG, Urt. v. 28.05.2008 - B 12 KR 13/07 R -). Im vorliegenden Fall spreche die Abwägung bei Gesamtwürdigung aller Umstände gegen eine abhängige Beschäftigung des Beigeladenen Ziff. 1 im Sinne von § 7 Abs. 1 SGB IV. Von zentraler Bedeutung sei dabei, dass der Beigeladene Ziff. 1 gegenüber der Klägerin nicht verpflichtet sei, Dienste bzw. Schichten bei ihr wahrzunehmen. Der Beigeladene Ziff. 1 sei in seiner Entscheidung frei, ob er sich in den Dienstplan eintragen wolle oder nicht. Es bestehe für die Klägerin keine Möglichkeit, den Beigeladenen Ziff. 1 gegen seinen Willen zur Übernahme

eines Dienstes an einem bestimmten von ihr bezeichneten Tag heranzuziehen. Sie habe auch nicht die Möglichkeit, in den Fällen, in denen der Flugrettungsdienst nicht mit den eigenen Angestellten sichergestellt werden könne, den Beigeladenen Ziff. 1 ohne seine Zustimmung zum Dienst zu verpflichten und die Arbeitsleistung einzufordern. Diesbezüglich sei der vorliegende Sachverhalt mit dem Sachverhalt des Sozialgerichts Detmold im Urteil vom 17.11.2009 (S 8 R 219/06) vergleichbar. Auch darin waren die externen Notärzte gegenüber dem Hospital nicht verpflichtet, Notarztdienste gegen ihren Willen zu übernehmen. Das Sozialgericht Detmold habe zutreffend ausgeführt, dass das Hospital weder die Möglichkeit habe, eine Abmahnung oder eine Kündigung auszusprechen, noch andere in Arbeitsverhältnissen typische Sanktionen zu verhängen. Dies treffe auch auf den vorliegenden Sachverhalt zu. Die Klägerin habe glaubwürdig ausgeführt, dass in dem Fall, in dem die Schichten nicht mit externen Flugrettungsassistenten vor Ort abgedeckt werden können, auf freie Mitarbeiter anderer Bezirke ausgewichen werden müsse. In diesem Punkt sei der vorliegende Sachverhalt auch mit dem Sachverhalt im Urteil des Bundessozialgerichts vom 28.05.2008 (B 12 KR 13/07 R) vergleichbar. Auch im dortigen Fall sei keine ständige Dienstbereitschaft von den Freelance-Piloten erwartet worden. Eine Erstellung des Dienstplanes ohne vorherige Absprache sei nach den dortigen Gegebenheiten nicht möglich gewesen. Die dortige Klägerin habe keine Beschäftigungspflicht gehabt und umgekehrt die Freelancer auch keine Pflicht, bestimmte Mindestflugzeiten für die Klägerin zu absolvieren. Auch im vorliegenden Fall sei die Klägerin nicht verpflichtet, dem Beigeladenen Ziff. 1 Tätigkeiten zu ermöglichen. Nach dem festgestellten Sachverhalt habe der Beigeladene Ziff. 1 auch keine Pflicht, eine bestimmte Mindestanzahl an Schichten für die Klägerin zu absolvieren.

Es entspreche der Natur der Sache, dass der Beigeladene Ziff. 1 sich während eines Einsatzes an die Vorgaben des Piloten und des Arztes zu halten habe. Diesbezüglich sei er zwar in gewisser Weise in die Organisationsstruktur des jeweiligen Einsatzteams eingebunden, jedoch spreche dies nicht gegen die Annahme einer selbstständigen Tätigkeit. Die ihm erteilten fachlichen Weisungen rührten nicht aus einem übergeordneten Weisungsrecht der Klägerin her, sondern beruhen vielmehr auf der gesetzlich vorgegebenen Stellung des Arztes und des Piloten und der Besonderheiten des Einsatzes. Aus diesem Grund sei auch die Tatsache, dass die wesentlichen Einsatzmittel wie der Helikopter und die medizinischen Geräte von der Klägerin gestellt würden, kein Indiz gegen die Annahme einer selbstständigen Tätigkeit. Auch dies beruhe auf gesetzlichen Vorgaben und gehört nicht zu den Arbeitsmitteln der Tätigkeit des Beigeladenen Ziff. 1 im engerem Sinne. Dieser zeichne sich in seiner Tätigkeit vielmehr durch Fachkenntnisse aus, für deren Erwerb er persönlich verantwortlich sei. Die Klägerin zahle dem Beigeladenen Ziff. 1 weder die erforderliche Fortbildung zum Erwerb der notwendigen Kenntnisse noch zur

Aufrechterhaltung der Flugtauglichkeit. Insofern trage der Beigeladene Ziff. 1 auch ein wesentliches Unternehmerrisiko, da er selbst für die Aufrechterhaltung der fachlichen Qualifikation und Flugtauglichkeit verantwortlich sei. Zudem trage der Beigeladene Ziff. 1 auch das Risiko des Ausfalls seines Hinzuverdienstes bei Nichtübernahme einer Schicht oder Nichtantritt einer Schicht. Hiergegen spreche auch nicht die erfolgte pauschale Vergütung pro Einsatzstunde.

Gegen das ihr am 02.05.2012 zugestellte Urteil hat die Beklagte am 01.06.2012 Berufung eingelegt. Sie macht zur Begründung geltend, der Beigeladene Ziff. 1 arbeite nach eigenen Angaben am Betriebssitz der Klägerin. Hinsichtlich der Ausführung seiner Tätigkeit würden ihm Weisungen erteilt. Während des Fluges zum Einsatzort unterliege er dem Weisungsrecht des Piloten, während des Rettungseinsatzes dem des Notarztes. Dem Sozialgericht sei zu widersprechen, wenn es zwar feststelle, dass der Beigeladene Ziff. 1 diesbezüglich in die Organisationsstruktur des jeweiligen Einsatzteams, mithin also der Klägerin, eingebunden sei, diese Eingliederung jedoch nicht gegen die Annahme einer selbständigen Tätigkeit spreche, da dies in der Natur der Sache liege. Nach dem Urteil des BSG vom 11.03.2009 (B 12 KR 21/07) trete eine tatsächlich bestehende Eingliederung in den Betrieb des Dienstherrn nicht deshalb in seiner Bedeutung zurück, weil sie (auch) in der Eigenart der zu erbringenden Leistung begründet sei. Daher spreche die Eingliederung in die betriebliche Organisation der Klägerin eindeutig für ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis. Zutreffend habe das Sozialgericht festgestellt, dass die notwendigen Betriebsmittel von der Klägerin bereitgestellt würden. Der Beigeladene Ziff. 1 trage diesbezüglich kein unternehmerisches Risiko.

Die in der Freelancer-Entscheidung des BSG vom 28.05.2008 genannten Voraussetzungen zur Begründung der Selbständigkeit eines Flugzeugführers seien vorliegend weder vergleichbar noch erfüllt.

Zweck der vereinzelt durchgeführten Flüge der Flugzeugführer sei allein der Erhalt der Fluglizenzen gewesen. Vorliegend habe der Beigeladene Ziff. 1 mit der Tätigkeit des Rettungsassistenten ausschließlich den Zweck des Gelderwerbs verfolgt. Die mit dem Erhalt der Flugtauglichkeit verbundenen Kosten seien im vorliegenden Fall von untergeordneter wirtschaftlicher Bedeutung.

Die Auffassung des Sozialgerichts, gegen die Annahme eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses spreche entscheidend der Umstand, dass der Beigeladene Ziff. 1 nicht verpflichtet sei, bestimmte Dienste bzw. Schichten wahrzunehmen, werde nicht geteilt. Das LSG Baden-Württemberg habe in Entscheidungen vom 17.01.2012 (L 11 R 1138/10) und vom 21.11.2008 (Az.: L 4 KR 4098/ 06) ausgeführt, dass auch im Rahmen abhängiger

Beschäftigungsverhältnisse Vertragsgestaltungen nicht unüblich seien, die es weitgehend dem Arbeitnehmer überließen, ob er im Anforderungsfall tätig werden wolle oder ob er ein konkretes Angebot im Einzelfall ablehne. Auch das BSG habe die Möglichkeit, Aufträge abzulehnen nicht als Indiz für das Vorliegen von selbständiger Tätigkeit angesehen, sondern in einem Urteil zur versicherungsrechtlichen Beurteilung von Ausbeinern vielmehr festgestellt, diese hätten zwar darüber entscheiden können, ob sie eine von der Klägerin angebotene Tätigkeit übernehmen wollten oder nicht. Nach Bereiterklärung seien sie jedoch dem Weisungsrecht der Klägerin unterworfen gewesen. Diese habe dann Ort, Zeit und Dauer des Arbeitseinsatzes bestimmt. Dass sich das Weisungsrecht regelmäßig lediglich auf allgemeine organisatorische Fragen bezogen habe und fachliche Einzelanweisungen nicht geboten gewesen seien, entspreche der Typik bei fachlich qualifiziertem Personal (BSG, Urt. v. 04.06.1998 - B 12 KR 5/97 R -).

Nach Annahme des jeweiligen Auftrages sei der Beigeladene zu 1) in die betriebliche Organisation der Klägerin eingegliedert gewesen. Er habe dann weisungsgebunden mit weiteren Mitarbeitern der Klägerin zusammen gearbeitet. Damit seien die wesentlichen Anhaltspunkte für das Bestehen eines sozialversicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnisses, einer Tätigkeit nach Weisungen und die Eingliederung in die Arbeitsorganisation des Weisungsgebers, erfüllt.

Die Beklagte beantragt,

das Urteil des Sozialgerichts Stuttgart vom 24.04.2012 aufzuheben und die Klage abzuweisen.

Die Klägerin beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Das angefochtene Urteil des Sozialgerichts Stuttgart sei zutreffend. Die Beklagte übersehe, dass die für die Klägerin tätigen Rettungsassistenten nur nebenamtlich tätig seien. Diese Rettungsassistenten nähmen nur dann - im Regelfall ein- oder zweimal pro Monat - Dienste wahr, wenn sie dies selbst wollten. Daher gingen die Ausführungen der Beklagten zur angeblichen Eingliederung der Rettungsassistenten in die Organisationsstruktur der Klägerin ins Leere. Entgegen der Auffassung der Beklagten sei das Freelancer-Urteil des BSG vom 28.05.2008 gerade deshalb auf den hier streitgegenständlichen Sachverhalt anwendbar, weil hier wie dort die jeweilige Ausübung der Tätigkeit völlig vom Willen des Dienstleistenden und nicht von dem der Organisation abhängig sei. Aus der Natur der Tätigkeit (dort Durchführung eines

Linienfluges - hier Durchführung eines Rettungseinsatzes) ergebe sich die Notwendigkeit, zur Erfüllung der Aufgabe innerhalb einer bestimmten Struktur mit klaren Handlungsabläufen tätig zu sein, in welchen eine Koordination verschiedener Mitwirkender notwendig sei. Die Weigerung einen Rettungseinsatz durchzuführen hätte sogar strafrechtliche Konsequenzen, so dass die Einbindung in die Rettungsstruktur (Hubschrauber - Pilot - Arzt - Rettungsassistent) nicht auf eine abhängige Tätigkeit schließen lasse.

Die zitierte Entscheidung des 11. Senats des LSG Baden-Württemberg vom 17.01.2012 sei hingegen nicht auf den hier streitgegenständlichen Fall anwendbar. Dort gehe es um einen angeblich selbständigen Kurierfahrer, welcher zu 5/6 für einen einzigen Auftraggeber tätig gewesen sei, so dass eine persönliche Abhängigkeit von diesem bestanden habe. Im hier streitgegenständlichen Falle bestehe überhaupt keine persönliche Abhängigkeit des Rettungsassistenten von der Klägerin, da dieser eine anderweitige - abhängige - Hauptbeschäftigung habe und es sich nur um eine völlig freiwillige Nebentätigkeit handele.

Das Urteil des 4. Senats des LSG Baden-Württemberg vom 21.11.08 habe ebenfalls den gleichen Sachverhalt (Kurierfahrer, der fast ausschließlich für einen Auftraggeber tätig ist) betroffen und sei daher nicht auf den vorliegenden Fall übertragbar. Die zitierte Entscheidung des BSG vom 04.06.1998 habe sog. „Ausbeiner“, die in dem Schlachthof ihres Auftraggebers als einzigem Dienstherrn tätig gewesen seien, betroffen, so dass es deshalb ebenfalls an jeder Vergleichbarkeit zu dem hier anhängigen Fall fehle. Anwendbar sei - neben der Freelancer-Entscheidung des BSG- hingegen die vom Sozialgericht zitierte Entscheidung des Sozialgerichts Detmold vom 17.11.2009 - S 8 (2) R 219/06 -, welche zur Frage der Selbständigkeit nebenberuflicher Notärzte ergangen sei. Die darin enthaltenen Ausführungen seien vollumfänglich auf den vorliegenden Fall übertragbar.

Die Beigeladenen haben sich im Berufungsverfahren nicht geäußert und keine Anträge gestellt.

Mit am 13.03.2013 beim Berufungsgericht eingegangenem Schriftsatz der Klägerin hat diese zwei Rahmenvereinbarungen, geschlossen zwischen dem H. GmbH & Co.KG und jeweils einem Rettungsassistenten über die Ableistung von Hubschrauberdiensten als Rettungsassistenten vorgelegt. Sie hat ausgeführt, dass Vereinbarungen mit Bezug zu dem Beigeladenen Ziff. 1 nicht vorliegen würden.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sachverhalts und des Vorbringens der Beteiligten wird auf die Verwaltungsakten der Beklagten und die Gerichtsakten erster und zweiter Instanz Bezug genommen.

Entscheidungsgründe

I.

Die Berufung der Beklagten ist gem. §§ 143, 144 Sozialgerichtsgesetz (SGG) statthaft und auch sonst gem. § 151 SGG zulässig.

Die Berufung ist auch begründet.

Der angefochtene Bescheid der Beklagten vom 24.11.2009 in der Fassung des Änderungsbescheides vom 02.03.2010 und des Widerspruchsbescheides vom 09.06.2010 ist rechtmäßig und verletzt die Klägerin nicht in ihren Rechten. Die Beklagte hat für die Beschäftigung des Beigeladenen Ziff. 1 als Luft-Rettungsassistent bei der Klägerin zu Recht das Vorliegen von Versicherungspflicht zu allen Zweigen der Sozialversicherung festgestellt. Das Sozialgericht hat den Bescheid zu Unrecht aufgehoben und eine entgegenstehende Feststellung getroffen. Das angegriffene Urteil konnte daher keinen Bestand haben.

II.

1.)

Der angefochtene Bescheid vom 24.11.2009 in der Fassung des Änderungsbescheides vom 02.03.2010 ist formell rechtmäßig. Die Beklagte war zu seinem Erlass gem. § 7a Abs. 1 Satz 3 SGB IV sachlich zuständig und der Bescheid ist in der geänderten Fassung auch hinreichend bestimmt und beschränkt sich nicht auf eine unzulässige Feststellung von Elementen eines Rechtsverhältnisses.

Gem. § 7a Abs. 1 Satz 1 SGB IV können die Beteiligten schriftlich eine Entscheidung beantragen, ob eine Beschäftigung vorliegt, es sei denn, die Einzugsstelle oder ein anderer Versicherungsträger hatte im Zeitpunkt der Antragstellung bereits ein Verfahren zur Feststellung einer Beschäftigung eingeleitet. Über den Antrag entscheidet abweichend von § 28h Abs. 2 SGB IV die Deutsche Rentenversicherung Bund (§ 7a Abs. 1 Satz 3 SGB IV). Der Beigeladene Ziff. 1

hatte sich für das (fakultative) Anfrageverfahren bei der Beklagten (Clearing-Stelle) nach § 7a Abs. 1 Satz 1 SGB IV entschieden; ein vorrangiges Verfahren bei der Einzugs- oder der Prüfstelle war nicht eingeleitet worden (zur Verfahrenskonkurrenz etwa Senatsurteile vom 08.06.2011, - L 5 KR 4009/10 - und - L 5 R 4078/10 -).

Gem. § 33 Abs. 1 Sozialgesetzbuch Zehntes Buch (SGB X) muss ein Verwaltungsakt hinreichend bestimmt sein. Im Hinblick auf sozialversicherungsrechtliche Statusentscheidungen muss im Einzelfall zumindest durch Auslegung vor dem Hintergrund der den Beteiligten bekannten Umstände zu erschließen sein, auf welche konkreten rechtlichen und tatsächlichen Gegebenheiten sich die Feststellung einer abhängigen Beschäftigung beziehen soll. Notwendig ist regelmäßig die Angabe einer bestimmaren Arbeit und die gerade hiermit in Zusammenhang stehende Entgeltlichkeit (vgl. näher BSG, Urt. v. 11.03.2009, - B 12 R 11/07 R -; Urt. v. 04.06.2009, - B 12 R 6/08 R -). Außerdem darf sich weder die im Anfrageverfahren (§ 7a SGB IV) noch die im Einzugsstellenverfahren (§ 28h SGB IV) ergehende Entscheidung auf das isolierte Feststellen des Vorliegens einer abhängigen Beschäftigung beschränken. Eine Elementenfeststellung dieser Art ist nicht zulässig (BSG, Urt. v. 11.03.2009, - B 12 R 11/07 R -). Ein ggf. rechtswidriger Elementenfeststellungsbescheid kann jedoch auch noch im Klageverfahren durch einen den Anforderungen an eine rechtmäßige Statusfeststellung genügenden Bescheid nach § 96 SGG ergänzt bzw. ersetzt werden (vgl. Senatsurteile vom 08.06.2011, - L 5 KR 4078/10 - und v. 24.11.2010, - L 5 KR 357/10 -).

Die Beklagte hat mit der Konkretisierung im Änderungsbescheid vom 02.03.2010, wonach in der vom Beigeladenen Ziff. 1 ausgeübten Beschäftigung als Flug-Rettungsassistent bei der Klägerin Versicherungspflicht in allen Zweigen der Sozialversicherung besteht und die Versicherungspflicht am 01.01.2006 beginnt, den Anforderungen des BSG aus den Urteilen vom 11.03.2009 und vom 04.06.2009 noch im Verlaufe des Widerspruchsverfahrens genügt.

2.)

Die angefochtenen Bescheide sind auch materiell rechtmäßig. Der Beigeladene Ziff. 1 hat bei der Klägerin eine sozialversicherungspflichtige Beschäftigung ausgeübt. Eine selbständige Erwerbstätigkeit hat entgegen der Auffassung der Klägerin nicht vorgelegen.

Gemäß § 5 Abs. 1 Nr. 1 SGB V, § 24 SGB III, § 1 Satz 1 Nr. 1 SGB VI und § 20 SGB XI setzt die Versicherungspflicht zur gesetzlichen Kranken-, Arbeitslosen-, Renten- und

Pflegeversicherung jeweils ein Beschäftigungsverhältnis voraus. Beschäftigung ist die nichtselbständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis (§ 7 Abs. 1 Satz 1 SGB IV).

Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundessozialgerichts 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 (vgl. § 7 Abs. 1 Satz 2 SGB IV). Vornehmlich bei Diensten höherer Art kann das Weisungsrecht auch eingeschränkt und zur „dienenden Teilhabe am Arbeitsprozess“ verfeinert sein (dazu BSG, Urt. v. 18.12.2001, - B 12 KR 10/01 R -). Höhere Dienste werden im Rahmen abhängiger Beschäftigung geleistet, wenn sie fremdbestimmt bleiben, sie in einer von der anderen Seite vorgegebenen Ordnung des Betriebs aufgehen (BSG, Urt. v. 19.06.2001, - B 12 KR 44/00 R -). Demgegenüber ist eine selbständige 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, Urt. v. 29.08.2012, - B 12 KR 25/10 R -). Letzteres besteht meist in der Gefahr, bei wirtschaftlichem Misserfolg des Unternehmens das eingesetzte Kapital zu verlieren; 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 selbständige Tätigkeit typische Unternehmerrisiko ist nicht mit einem Kapitalrisiko gleichzusetzen. Ein Kapitalrisiko, das nur zu geringen Ausfällen führt, wird das tatsächliche Gesamtbild einer Beschäftigung indessen nicht wesentlich bestimmen (BSG; Beschl. v. 16.08.2010, - B 12 KR 100/09 B -). 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, U. v. 25.04.2012 - B 12 KR 24/10 R -).

Die Unterscheidung von Unternehmer- und Arbeitsplatzrisiko ist auch in der Rechtsprechung des Senats ein wichtiges, vielfach entscheidendes Kriterium für die sozialversicherungsrechtliche

Beurteilung einer Tätigkeit. Es steht allerdings nicht für sich allein. 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, also den rechtlich relevanten Umständen, die im Einzelfall eine wertende Zuordnung zum Typus der abhängigen Beschäftigung erlauben. Ob eine Beschäftigung vorliegt, ergibt sich 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 hieraus gezogene Schlussfolgerung auf die tatsächlich gewollte Natur der Rechtsbeziehung gehen 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. In diesem Sinne gilt, dass die tatsächlichen Verhältnisse den Ausschlag geben, wenn sie von Vereinbarungen abweichen. Maßgeblich ist die Rechtsbeziehung so wie sie praktiziert wird und die praktizierte Beziehung so wie sie rechtlich zulässig ist (BSG, Urt. v. 29.08.2012, - B 12 KR 25/10 R -).

Davon ausgehend sind die Tätigkeiten, die der Beigeladene Ziff. 1 bei der Klägerin ab dem 01.01.2006 als Luft-Rettungsassistent ausgeübt hat, als eine zu allen Zweigen der Sozialversicherung versicherungspflichtige bzw. beitragspflichtige Beschäftigung (§ 7 Abs. 1 SGB IV) einzustufen.

Die Tätigkeit von Rettungsassistenten im Bereitschaftsdienst der Luftrettung ist aufgrund der Weisungsgebundenheit und der Eingliederung in die von den Trägern des Rettungsdienstes zur Erfüllung ihres Sicherstellungsauftrages nach den landesgesetzlichen Regelungen zu gewährleistende Organisation des Rettungsdienstes regelmäßig als abhängige Beschäftigung anzusehen. Die Klägerin hat als Beauftragte bzw. Vertragspartner der Länder oder aufgrund von Genehmigungen der Länder die Aufgabe der Notfallrettung im Bereich der Luftrettung wahrzunehmen (vgl. etwa §§ 4 Abs. 1, 5 Nr. 1 und 6 Abs. 1 des Gesetzes über den Rettungsdienst im Lande B. -BremRettDG-, §§ 1 Abs. 1, 3 Abs. 1, 5 Abs. 1 Niedersächsisches Rettungsdienstgesetz -NRettDG-, §§ 1 Abs. 1, 2 Abs. 1 und 2 Gesetz über den Rettungsdienst im Land Baden-Württemberg -RDG-). Aufgabe des Rettungsdienstes ist die Sicherstellung einer

bedarfsgerechten Versorgung der Bevölkerung mit Leistungen der Notfallrettung und des Krankentransports (§1 Abs. 1 RDG). Die Sicherstellung erfolgt neben dem bodengebundenen Rettungsdienst auch durch die Luftrettung (vgl. § 2 Abs. 1 Satz 2 NRettdG). Der Sicherstellungsauftrag umfasst die Verantwortung des jeweiligen Trägers für die erforderliche sachliche und personelle Ausstattung. So ist etwa die Besetzung eines Hubschraubers bei Einsätzen der Notfallrettung mit mindestens einem Rettungsassistenten in Baden-Württemberg in § 9 Abs. 2 i.V.m. § 29 Abs. 1 RDG ausdrücklich gesetzlich vorgegeben. Die Erfüllung des Sicherstellungsauftrages erfordert von dem jeweils im hoheitlichen Auftrag tätigen Beauftragten, hier der Klägerin für den Bereich der Luftrettung, einen hohen Organisationsaufwand zur Bereitstellung der Sachmittel, insbesondere der Rettungshubschrauber einschließlich deren laufender Wartung und der personellen Kräfte, hier der Hubschrauberbesetzungen, bestehend aus einem bzw. - nachts - zwei Piloten, einem Notarzt und einem Rettungsassistenten. Die Bereitstellung dieses Personals bedarf aufgrund der jederzeitigen Einsatzbereitschaft zwingend der Aufstellung von Dienstplänen. Die Klägerin trifft bei der Wahrnehmung des Sicherstellungsauftrages auch die Verpflichtung, für die Einhaltung sämtlicher gesetzlicher Vorgaben in luftverkehrsrechtlicher, beförderungsrechtlicher und versicherungsrechtlicher Hinsicht zu sorgen.

Der Beigeladene Ziff. 1 hat sich mit der Eintragung in die Dienstpläne der Klägerin und der damit verbundenen Verpflichtung zur Übernahme von Bereitschaftsdiensten nach den Feststellungen des Senats in die Betriebsorganisation eingegliedert und unterlag den Weisungen der Klägerin in zeitlicher und örtlicher Hinsicht sowie bezüglich der Art und Weise der Ausübung seiner Tätigkeit. Er hat seine Tätigkeit, den Bereitschaftsdienst, in den von der Klägerin dafür zur Verfügung gestellten Räumen abzuleisten. Bei Notfalleinsätzen hat er mit dem von der Klägerin gestellten Hubschrauber den jeweiligen Einsatzort aufzusuchen. Während der Einsätze unterliegt er den Weisungen des Piloten und des Notarztes und in den Zeiten reiner Bereitschaft den Weisungen der Klägerin. Auch die Klägerin nimmt eine örtliche und organisatorische Weisungsgebundenheit des Beigeladenen Ziff. 1 an, die sich aus der Sachnotwendigkeit und der Aufgabenerfüllung der Luftrettung ergeben würde. Die Aufgabenerfüllung im Notfalldienst erfordert speziell bei den gravierenden Notfällen, die den Einsatz eines Rettungshubschraubers erfordern, Arbeitsabläufe nach festgelegten Strukturen und klaren Handlungsabläufen sowie eine koordinierte Tätigkeit des gesamten Rettungsteams, wie die Klägerin selbst im Berufungsverfahren darlegt. Gerade dies spricht aber für eine abhängige Beschäftigung des Rettungsassistenten, der seine Tätigkeit ohne Einbindung in die Organisationsstruktur der Klägerin gar nicht erbringen könnte. Das Sozialgericht geht in seiner

Entscheidung dementsprechend auch davon aus, dass eine Eingebundenheit in die Organisationsstruktur der Klägerin aufgrund der Unterworfenheit des Beigeladenen Ziff. 1 unter die Weisungen des Piloten und des Notarztes besteht, schließt daraus aber nicht auf eine abhängige Beschäftigung, weil sich diese Eingebundenheit aus den gesetzlichen Vorgaben und den Besonderheiten des Einsatzes ergebe. Das Sozialgericht berücksichtigt bei dieser Argumentation nicht, dass gerade diese Besonderheiten und die gesetzlichen Vorgaben für den Rettungsdienst die Tätigkeit des Beigeladenen Ziff. 1 prägen und seine Eingebundenheit in die feste Organisationsstruktur des Rettungsdienstes gerade zwingend erfordern. Die Beklagte geht insoweit zu Recht davon aus, dass der Beigeladene Ziff. 1 seine Arbeitsleistung funktionsgerecht integriert in die Betriebsabläufe der Klägerin erbringt.

Diese Arbeitsleistung ist nicht allein geprägt durch die eigentliche Arbeit als Rettungsassistent im Rahmen der konkreten Notfalleinsätze, sondern ebenso durch seine Präsenzpflcht während des gesamten Zeitraums des Bereitschaftsdienstes. Dies kommt insbesondere auch in der Vergütung des Beigeladenen Ziff. 1 zum Ausdruck, die nicht nach reiner Bereitschaftszeit und Einsatzzeit differenziert, sondern einheitlich 12 € für jede Stunde der gesamten Bereitschaftsdienstzeit beträgt. Innerhalb dieses Zeitraums verbleibt dem Beigeladenen Ziff. 1 auch kein Spielraum für die Erbringung seiner Tätigkeit in zeitlicher Hinsicht. Er ist an die festgelegten Einsatzzeiten des von der Klägerin aufgestellten Dienstplanes gebunden. Dass der Beigeladene Ziff. 1 durch seine Eintragungen im online-Dienstplan der Klägerin selbst Einfluss auf den jeweiligen Zeitpunkt seiner Bereitschaftsdienste nehmen konnte, spricht entgegen der Auffassung des Sozialgerichts nicht für eine selbständige Tätigkeit. Denn Absprachen über den zeitlichen Beginn und den zeitlichen Umfang einer Tätigkeit werden üblicherweise auch bei der Begründung abhängiger Beschäftigungsverhältnisse, insbesondere bei befristeten oder Teilzeit-Arbeitsverhältnissen getroffen (vgl. auch Urteil des Senats vom selben Tag - L 5 R 2925/10 - zu zeitlich befristeten Tätigkeiten von Altenpflegekräften aufgrund der Vermittlung durch eine online-Börse). Da die Klägerin die personelle Besetzung der Rettungshubschrauber offenbar nicht mit festangestellten Rettungsassistenten, sondern ausschließlich mit jeweils nur tageweise herangezogenen Kräften aus einem größeren Pool von Rettungsassistenten vornahm, war sie für die Belegung des Dienstplanes auf die freiwillige Eintragung durch diese Kräfte zunächst angewiesen und hatte erst bei verbleibenden Lücken selbst Initiative durch Anfrage bei anderen Standorte zu ergreifen. Die Entscheidungsfreiheit des Beigeladenen Ziff. 1, sich für einen oder mehrere Bereitschaftsdienste einzutragen, stellt daher - anders als vom Sozialgericht angenommen - nach Auffassung des Senats kein maßgebliches Kriterium für eine selbständige Tätigkeit dar, sondern ist Ausdruck seiner Entschließungsfreiheit, eine zeitliche begrenzte, aber

rechtlich verbindliche Dienstverpflichtung zu begründen. Dem entspricht die Freiheit der Klägerin, sich bei zeitlich überschneidenden Angeboten für einen der Rettungsassistenten zu entscheiden, ohne dass dieser einen Anspruch auf Einsatz durch die Klägerin hat. Hierin kommt die Vertragsfreiheit beider Seiten zur Begründung entsprechend zeitlich eng umgrenzter Arbeitsverhältnisse zum Ausdruck. Auf die Frage, ob die Klägerin die Rettungsassistenten aus dem Pool zum Einsatz hätte verpflichten können, kommt es daher entgegen der Auffassung des Sozialgerichts Stuttgart im angegriffenen Urteil und im darin in Bezug genommenen Urteil des Sozialgerichts Detmold vom 17.11.2009 (S 8 (2) R 219/06) nicht maßgeblich an.

Der Beigeladene Ziff. 1 hat in seiner Tätigkeit im Bereitschaftsdienst bei der Klägerin auch kein das Gesamtbild seiner Arbeitsleistung prägendes Unternehmerrisiko getragen. Kapital hat er nicht in nennenswerten Umfang eingesetzt. Die Kosten seiner Arbeitskleidung, soweit er diese selbst zu stellen hatte, fallen insoweit nicht ins Gewicht. Gleiches gilt auch für die Kosten der Fortbildung, wobei fraglich sein dürfte, ob die Klägerin diese Kosten den bei ihr beschäftigten Rettungsassistenten aufzuerlegen berechtigt ist, da sie selbst für die Fortbildung des von ihr eingesetzten Personals verantwortlich sein dürfte (vgl. etwa § 11 BremRettDG, § 10 Abs. 1 Satz 2 NRettDG, § 9 Abs. 3 RDG). Die Klägerin weist nicht zuletzt selbst auf ihrer Homepage darauf hin, dass sie für eine optimale Patientenbetreuung neue Standards auch im Bereich der Personalschulung setze und die bei ihr tätigen Notärzte und Rettungsassistenten deshalb regelmäßig schulde.

Weiter spricht für eine abhängige Beschäftigung, dass der Beigeladene Ziff. 1 auch nach außen als Mitglied des Besatzungsteams eines Rettungshubschraubers und damit als Mitarbeiter der Klägerin in Erscheinung tritt und nicht als eigenverantwortlich und selbständig tätiger Unternehmer. Auch das Risiko, im Krankheitsfall oder bei sonstigem Ausfall keine Zahlung zu erhalten, begründet kein Unternehmerrisiko des Beigeladenen Ziff. 1. Er war mit einem Umfang von durchschnittlich drei Einsatztagen im Monat im Sinne einer unständigen Beschäftigung bei der Klägerin tätig. Beschäftigungen sind unständig, wenn sie der Natur der Sache nach auf weniger als eine Woche beschränkt/befristet zu sein pflegen bzw. im Voraus durch Arbeitsvertrag beschränkt/befristet sind (§ 27 Abs. 3 Nr. 1 SGB III; § 163 Abs. 1 Satz 2 SGB VI). Der Verdienst des Beigeladenen Ziff. 1 war allein von der Anzahl seiner für die Klägerin geleisteten Einsatztage abhängig. Die Chance länger oder mehr zu arbeiten, um so ein höheres Entgelt zu erzielen besteht aber gerade auch für abhängig Beschäftigte. Hingegen hat der Beigeladene Ziff. 1, der nach Stunden zu einem festen Stundensatz entlohnt wird, keine Möglichkeit, etwa durch höheres Arbeitstempo seinen Gewinn zu vergrößern. Er schuldet der Klägerin allein seine Arbeitskraft in dem zeitlich vereinbarten Umfang, ohne dass ihm

hinsichtlich der Ausgestaltung seiner Tätigkeit nennenswerte Gestaltungspielräume eingeräumt waren. All dies spricht gegen ein unternehmerisches Risiko des Beigeladenen Ziff. 1.

Die Klägerin kann sich auch nicht mit Erfolg auf das Urteil des BSG vom 28.05.2008 (B 12 KR 13/07 R) berufen, in dem für den Einsatz sogenannter Freelancer-Piloten eine Sozialversicherungspflicht aufgrund abhängiger Beschäftigung verneint wurde. Beim Bereitschaftsdienst der Rettungsassistenten liegt nach den Feststellungen des Senats kein vergleichbarer Sachverhalt vor, der eine entsprechende Einstufung als selbständige Tätigkeit auch im vorliegenden Fall rechtfertigen könnte. Das BSG hat zwar maßgeblich auf die rahmenvertraglichen Abreden zwischen den Freelancern und der dortigen Klägerin abgestellt, die eine Beschäftigungspflicht zu Lasten der Klägerin nicht enthielten und umgekehrt die Freelancer nicht zur Ableistung von Mindestflugzeiten verpflichteten. Weiter stellt das BSG auch darauf ab, dass diese rahmenvertragliche Abrede auch tatsächlich durch die mündliche Verabredung einzelner Aufträge vollzogen wurde.

Den Abschluss einer vergleichbaren rahmenvertraglichen Vereinbarung mit dem Beigeladenen Ziff. 1, die bei der Gesamtabwägung aller Tätigkeitsmerkmale zu berücksichtigen wäre, hat die Klägerin hier schon nicht nachgewiesen. Der Beigeladene Ziff. 1 und die Klägerin haben wiederholt vorgetragen, dass eine schriftliche Vereinbarung zwischen ihnen nicht existiere. Die Klägerin hat dies auf Nachfrage des Senats mit am 13.03.2013 eingegangenem Schriftsatz auch nochmals ausdrücklich bestätigt. Die von der Klägerin vorgelegten Rahmenvereinbarungen des H. (Hubschraubersonderdienst, Tochterunternehmen der Klägerin) mit einzelnen Rettungsassistenten sagen über das Rechtsverhältnis zwischen der Klägerin und dem Beigeladenen Ziff. 1 daher nichts aus. Entscheidend dafür, dass die Klägerin aus dem Urteil des BSG vom 28.05.2008 keine für sie günstigen Schlussfolgerungen herleiten kann, ist aber davon abgesehen der Umstand, dass für die dort streitgegenständlichen Einsätze der Freelancer nach der Beurteilung des BSG weder einer umfassende Weisungsgebundenheit bestand noch eine Eingliederung in den Betrieb der Fluggesellschaft vorlag. Das BSG hat insoweit vor allem darauf abgestellt, dass von den Piloten keine ständige Dienstbereitschaft erwartet wurde, dass sich diese nicht in den Betriebsräumen der Klägerin aufhielten und dass ihre Einsätze nicht durch einseitig aufgestellte Dienstpläne geregelt waren. Damit stellt sich die auf die jeweiligen Flugeinsätze der Freelancer beschränkte Tätigkeit grundlegend anders dar als der hier streitgegenständliche Bereitschaftsdienst des Beigeladenen Ziff. 1. Für das BSG kam es allein auf die Bewertung des einzelnen Arbeitseinsatzes des Piloten am Maßstab der von der Rechtsprechung für die Abgrenzung zwischen selbständiger und abhängiger Beschäftigung entwickelten Grundsätze an. Demgegenüber war hier der Bereitschaftsdienst als solcher zu bewerten, der nach dem

Ausgeführten aufgrund der für das Rettungsdienstwesen typischen Weisungsgebundenheit und der Eingliederung in die Betriebsstruktur der Klägerin als abhängige Beschäftigung einzustufen war.

Aufgrund der Feststellung des Senats stellt sich die Tätigkeit des Beigeladenen Ziff. 1 als Luft-Rettungsassistent daher als abhängige Beschäftigung für die Klägerin dar, so dass der Beigeladene Ziff. 1 in dieser Tätigkeit der Versicherungspflicht zu allen Zweigen der Sozialversicherung unterlag. Das Sozialgericht hat den Feststellungsbescheid der Beklagten vom 24.11.2009 in der geänderten Fassung vom 02.03.2010 daher zu Unrecht aufgehoben. Das Urteil konnte daher keinen Bestand haben.

III.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 197a Abs. 1 SGG i. V. m. §§ 154 Abs. 2 und 3, 162 Abs. 3 VwGO. Es entspricht nicht der Billigkeit, der Klägerin auch die außergerichtlichen Kosten der Beigeladenen aufzuerlegen, da diese Sachanträge nicht gestellt und damit ein Prozessrisiko nicht übernommen haben.

Die Festsetzung des Streitwerts beruht auf § 52 Abs. 1 und 2 GKG (vgl. BSG, Urt. v. 04.06.2009, - B 12 R 6/08 R -).

Gründe für die Zulassung der Revision bestehen nicht (§ 160 Abs. 2 SGG).