

L 9 KR 439/15

Land
Berlin-Brandenburg
Sozialgericht
LSG Berlin-Brandenburg
Sachgebiet
Krankenversicherung
Abteilung
9
1. Instanz
SG Berlin (BRB)
Aktenzeichen
S 36 KR 1645/13
Datum
18.09.2015
2. Instanz
LSG Berlin-Brandenburg
Aktenzeichen
L 9 KR 439/15
Datum
08.05.2019
3. Instanz
Bundessozialgericht
Aktenzeichen

-
Datum

-
Kategorie
Urteil

Die Berufung der Beigeladenen zu 1) gegen das Urteil des Sozialgerichts Berlin vom 18. September 2015 wird mit folgender Maßgabe zurückgewiesen: Für das erstinstanzliche Verfahren tragen die Beklagte und die Beigeladene zu 1) die außergerichtlichen Kosten des Klägers je zur Hälfte; im Übrigen sind Kosten nicht zu erstatten. Die Klage gegen den gegenüber dem Kläger ergangenen Ausführungsbescheid vom 28. Oktober 2015 wird abgewiesen. Im Berufungsverfahren tragen die Beklagte und die Beigeladene zu 1) die Gerichtskosten und die außergerichtlichen Kosten des Klägers je zur Hälfte; im Übrigen tragen die Beteiligten ihre außergerichtlichen Kosten selbst. Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand:

Die Beteiligten streiten darüber, ob der Kläger in seiner Tätigkeit als Ergotherapeut für die Beigeladene zu 1) im Zeitraum vom 1. Juni 2008 bis zum 31. Dezember 2009 der Versicherungspflicht in der Kranken-, Pflege- und Rentenversicherung sowie nach dem Recht der Arbeitsförderung unterlag. Der Kläger ist ausgebildeter Ergotherapeut. Nach Abschluss seiner Ausbildung war er zunächst für ca. 1 Jahr im Angestelltenverhältnis als Ergotherapeut tätig, bevor er in der Zeit von Januar 2008 bis März 2012 in der Praxis der Beigeladenen zu 1) als Ergotherapeut arbeitete. In dieser Zeit verfügte er mangels eigener Betriebsstätte nicht über eine Krankenkassenzulassung als Heilmittelerbringer nach § 124 Sozialgesetzbuch/Fünftes Buch (SGB V). Im Sommer 2012 eröffnete der Kläger seine eigene Ergotherapiepraxis. Die Beigeladene zu 1) ist ebenfalls Ergotherapeutin und betreibt eine Ergotherapiepraxis mit insgesamt fünf Behandlungsräumen, die jeweils unterschiedlich ausgestattet sind. Sie verfügt über eine Krankenkassenzulassung als Heilmittelerbringerin und beschäftigte im streitigen Zeitraum zwei festangestellte Mitarbeiter zu je 30 Stunden pro Woche. Des Weiteren war eine Ergotherapeutin in freier Mitarbeit tätig, die überwiegend nur Hausbesuche durchführte und diese über die Beigeladene zu 1) abrechnete. Der Kläger und die Beigeladene zu 1) vereinbarten für ihre Zusammenarbeit mündlich, dass die Beigeladene zu 1) die vom Kläger erbrachten therapeutischen Leistungen gegenüber der jeweiligen Krankenkasse abrechnet und der Kläger hiervon 70 Prozent erhält. Die bei der Beigeladenen zu 1) verbliebenen 30 Prozent sollten nicht nur die Kosten für die zur Verfügung gestellten Räumlichkeiten und Therapiematerialien, sondern auch die Aufwendungen für ihre Verwaltungstätigkeit gegenüber den Krankenkassen abdecken. Schriftliche Absprachen gab es nicht. Für seine Tätigkeit schloss der Kläger eine eigene Berufshaftpflichtversicherung ab. Er war zudem Mitglied der Berufsgenossenschaft. Eigene Mitarbeiter beschäftigte der Kläger nicht. Aufgrund der Auslastung der Mitarbeiter der Beigeladenen zu 1) war der Kläger zu Beginn seiner Tätigkeit in der Praxis der Beigeladenen zu 1) im Jahr 2008 zunächst für alle neuen Patienten zuständig. Die Annahme von neuen Patienten erfolgte über das Praxistelefon. Alle praktizierenden Ergotherapeuten nahmen je nach Verfügbarkeit eingehende Telefonate entgegen und vereinbarten Termine anhand des Wochenkalenders, in welchem im streitigen Zeitraum auch eine eigene Spalte für den Kläger angelegt war. Sofern die Patienten um persönliche Kontaktaufnahme mit ihrem behandelnden Therapeuten baten oder Nachrichten auf dem Anrufbeantworter der Praxis hinterließen, wurde dies durch den aufnehmenden Therapeuten in einem am Tresen ausliegenden Notizbuch eingetragen und sodann durch den zuständigen behandelnden Therapeuten abgearbeitet. Die Verteilung von neuen Patienten erfolgte anschließend nach Terminstand der einzelnen Therapeuten ohne eine irgendwie geartete Priorisierung. Sofern notwendig wurde im Rahmen von Terminbesprechungen zwischen den Therapeuten abgesprochen, wer neue Patienten übernimmt, wer welche Behandlung wann in welchem Behandlungsraum vornimmt und wie Urlaubsvertretungen organisiert werden. Gelegentlich übernahm der Kläger Urlaubs- bzw. Krankheitsvertretungen für die anderen Therapeuten, wobei er diese der Beigeladenen zusätzlich in Rechnung stellte. Ebenso wurde er von den Mitarbeitern im Falle einer Erkrankung oder während seiner Urlaubsabwesenheit vertreten. Vorgaben hinsichtlich der Arbeits- und Anwesenheitszeit des Klägers bestanden nicht. Seine eigenen Urlaubszeiten musste er sich nicht von der Beigeladenen zu 1) genehmigen lassen. Entgeltfortzahlung im Fall von Urlaub und Krankheit wurde nicht geleistet. Der Kläger führte darüber hinaus Hausbesuche durch, die er gesondert abrechnete; im Jahr 2008 zunächst über eine andere Ergotherapiepraxis und sodann im Jahr 2009 über die Beigeladene zu 1). Weisungen zur konkreten Behandlung von Patienten wurden dem Kläger nicht erteilt. Die notwendigen Dokumentationen der Behandlung sowie die Berichte an die verordnenden Ärzte fertigte der Kläger auf den bereitgestellten

Praxisunterlagen. Die Patientenakten der vom Kläger behandelten Patienten verblieben nach Ausscheiden des Klägers aus der Praxis bei der Beigeladenen zu 1). Die Abrechnung der durch die Therapeuten erbrachten Leistungen gegenüber den Krankenkassen erfolgte durch die Beigeladene zu 1) einheitlich für alle Mitarbeiter über ein Abrechnungszentrum. Die Rechnungslegung des Klägers gegenüber der Beigeladenen zu 1) erfolgte in unregelmäßigen Abständen; im Jahr 2009 überwiegend in Sammelrechnungen für mehrere Monate, wobei er jeweils nur 70% des Kassensatzes in Ansatz brachte. Diese beglich die Beigeladene nachschüssig unregelmäßig in Teilbeträgen, ab dem Jahr 2009 zu meist in Teilbeträgen in Höhe von je 1.000,00 Euro nebst anschließenden Restzahlungen. Zu Einbehalten aus den vom Kläger erstellten Abrechnungen aufgrund von Abrechnungsmängeln gegenüber der Krankenkasse kam es dabei nicht. Wegen der der Beigeladenen zu 1) vom Kläger erstellten Rechnungen wird auf Bl. 260 bis Bl. 288 und auf Bl. 395 bis 406 der Gerichtsakte Bezug genommen. In der Zeit vom 11. April 2011 bis zum 6. Juni 2012 führte die Beklagte bei der Beigeladenen zu 1) eine Betriebsprüfung nach § 28p Sozialgesetzbuch/Viertes Buch (SGB IV) für den Prüfzeitraum vom 1. Januar 2008 bis zum 31. Dezember 2009 durch. Nach Anhörung der Beteiligten teilte die Beklagte der Beigeladenen zu 1) durch Prüfmitteilung vom 6. Juni 2012 mit, dass die stichprobenweise durchgeführte Prüfung keine Feststellungen im Zusammenhang mit der Prüfung des Gesamtsozialversicherungsbeitrages ergeben habe. Zugleich wies sie darauf hin, dass bezüglich der durchgeführten Statusfeststellung eine gesonderte Nachricht erfolge. Sodann erließ die Beklagte am 11. Juni 2012 gegenüber dem Kläger einen Bescheid, mit welchem sie feststellte, dass für den Kläger bei der Beigeladenen zu 1) in der Zeit von Juni 2008 bis Dezember 2009 ein Beschäftigungsverhältnis gegen Arbeitsentgelt nicht bestanden habe. Den hiergegen vom Kläger am 10. Juli 2012 eingelegten Widerspruch wies die Beklagte nach Anhörung der Beigeladenen zu 1) und Befragung der in deren Ergotherapiepraxis tätigen Mitarbeiter mit Widerspruchsbescheid vom 25. Juli 2013 als unbegründet zurück. Es sei zu Recht festgestellt worden, dass für den Kläger ein Beschäftigungsverhältnis gegen Arbeitsentgelt nach [§ 7 SGB IV](#) nicht bestanden habe. Aus den erfolgten Ermittlungen ergebe sich, dass der Kläger aufgrund der angestrebten Eröffnung einer eigenen Ergotherapiepraxis an keiner abhängigen Beschäftigung interessiert gewesen sei und lediglich übergangsweise als freier Mitarbeiter habe tätig werden wollen. Eine Einbindung in die betriebliche Organisation habe nicht vorgelegen, da er weder an einen Dienst- bzw. Urlaubsplan noch an Weisungen gebunden gewesen sei. Sämtliche Terminvereinbarungen seien persönlich durch den Kläger erfolgt. Die Teilnahme an Dienstbesprechungen sei freiwillig gewesen, die Arbeitszeiten hätten frei bestimmt werden können. Daher überwögen die Merkmale einer selbständigen Tätigkeit. Hiergegen hat der Kläger am 13. August 2013 Klage beim Sozialgericht Berlin (SG) erhoben. Mit Urteil vom 18. September 2015 hat das SG den Bescheid vom 11. Juni 2012 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 25. Juli 2013 aufgehoben und festgestellt, dass der Kläger in der Zeit von Juni 2008 bis Dezember 2009 der Versicherungspflicht in der gesetzlichen Kranken-, Pflege- und Rentenversicherung sowie nach dem Recht der Arbeitsförderung unterlag. Zur Begründung legte das SG dar, dass nach der Gesamtwürdigung aller Umstände ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis vorliege, da der Kläger sowohl hinsichtlich der Patientenannahme und -verteilung, als auch hinsichtlich der Raumaufteilung umfassend in den betrieblichen Ablauf und die Organisation bei der Beigeladenen (einschließlich Teambesprechungen) eingebunden gewesen sei. Dass er Patienten habe ablehnen können, falle diesbezüglich nicht ins Gewicht. Die Einbindung ergebe sich zudem aus dem Umstand, dass die Abrechnung der Behandlungen gegenüber der Krankenkasse durch die Beigeladene zu 1) erfolgt sei und diese auch die Patientendokumentation geführt habe. Allein die Beigeladene zu 1) sei als Heilmittelerbringerin nach [§ 124 SGB V](#) aufgetreten. Für eine selbständige Tätigkeit spreche lediglich die freie Zeiteinteilung des Klägers unter Berücksichtigung der Patientenwünsche. Ein Unternehmerrisiko habe demgegenüber nicht bestanden. Dem Umstand, dass der Kläger in seiner konkreten Tätigkeit inhaltlich weisungsfrei gearbeitet habe, komme keine maßgebliche Bedeutung zu, da die Angaben der Beigeladenen zu 1) hierzu in der mündlichen Verhandlung nicht glaubhaft gewesen seien. Gegen das am 29. September 2015 zugestellte Urteil hat die Beigeladene zu 1) am 19. Oktober 2015 Berufung eingelegt. Sie behauptet, dass der Kläger selbst ausdrücklich nur eine Tätigkeit als freier Mitarbeiter gewollt habe, da er beabsichtigt habe, alsbald eine eigene Ergotherapiepraxis zu eröffnen. Ihm angebotene Stellen als abhängig Beschäftigter bei anderen Ergotherapiepraxen habe er ebenso abgelehnt wie das Angebot der Beigeladenen zu 1) im Jahr 2011. Sie behauptet weiter, dass sie gegenüber dem Kläger nicht weisungsbefugt gewesen sei und dieser auch nicht habe an den Teambesprechungen teilnehmen müssen. Ebenso habe er von ihr keine Vorgaben hinsichtlich der Dokumentation der Behandlung erhalten. Sie habe diese auch nicht inhaltlich kontrolliert.

Die Beigeladene zu 1) ist der Auffassung, dass eine Versicherungspflicht des Klägers in allen Zweigen der Sozialversicherung aufgrund abhängiger Beschäftigung nicht vorliege, da dieser selbständig tätig gewesen sei. Ein gewichtiges Indiz für eine selbständige Tätigkeit sei, dass der Kläger keinerlei Weisungen unterlegen habe und nicht in den Betrieb eingegliedert gewesen sei. Allein aus der tatsächlichen Teilnahme an Teambesprechungen ergebe sich keine Eingliederung, da der Kläger an diesen nicht habe teilnehmen müssen. Ein Bedarf an Teamabsprachen und an der Führung eines gemeinsamen Dienstplanes habe für die Tätigkeit des Klägers bereits aufgrund der Raumsituation nicht bestanden. Ebenso führe der Umstand, dass die Abrechnung der Leistungen gegenüber den Krankenkassen durch die Beigeladene zu 1) erfolgte, weder zu einem Abhängigkeitsverhältnis, noch zu einem fehlenden Unternehmerrisiko. Dieses sei vielmehr darin zu sehen, dass im Falle eines Rückganges der Patientenzahl die Beigeladene zu 1) zunächst ihre Praxis habe auslasten und der Kläger sich dann um eigene Patienten hätte bemühen müssen. Zudem habe der Kläger nur Einnahmen generiert, wenn er auch tatsächlich gearbeitet habe. Je mehr Patienten er behandelt habe, desto mehr habe er verdienen können. Im Fall von Krankheit oder Unlust habe das Ausfallrisiko allein beim Kläger gelegen. Auch habe für den Kläger die Möglichkeit bestanden, bei erfolgreicher Akquise neuer Patienten diese in seine eigene Praxis zu übernehmen, so dass er auch Unternehmerinitiative gehabt habe. Nach der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts (Urteil vom 31. März 2017, [B 12 R 7/15 R](#)) sei zudem die Entgelthöhe ein gewichtiges Indiz, wenn dieses deutlich über dem vergleichbarer abhängig Beschäftigter liege und eine Eigenvorsorge zulasse. Das sei hier der Fall, da der Kläger deutlich mehr verdient habe als ein normal beschäftigter Ergotherapeut. Nicht ausschlaggebend sei hingegen, dass der Kläger tatsächlich keine Eigenwerbung betrieben habe, denn dieses Recht habe ihm zugestanden. Ebenso könne im Rahmen der Gesamtwürdigung nicht als relevant berücksichtigt werden, dass der Kläger kein eigenes Kapital aufzuwenden hatte, da die Tätigkeit als Ergotherapeut generell keinen großen Kapitaleinsatz erfordere. Ausschlaggebend sei vor allem die erworbene Fachkompetenz. Mit Ausführungsbescheid vom 28. Oktober 2015 hat die Beklagte aufgrund des Urteils des SG Berlin gegenüber dem Kläger und der Beigeladenen zu 1) festgestellt, dass der Kläger in der Zeit vom 1. Juni 2008 bis zum 31. Dezember 2009 im Rahmen seiner Tätigkeit als Ergotherapeut bei der Beigeladenen zu 1) der Versicherungspflicht in der Kranken-, Pflege-, Renten- und Arbeitslosenversicherung unterlag.

Die Beigeladene zu 1) beantragt, das Urteil des Sozialgerichts Berlin vom 18. September 2015 aufzuheben und die Klage abzuweisen und außerdem den gegenüber dem Kläger ergangenen Ausführungsbescheid vom 28. Oktober 2015 aufzuheben.

Der Kläger beantragt, die Berufung zurückzuweisen und die Klage gegen Ausführungsbescheid vom 28. Oktober 2015 abzuweisen.

Er behauptet, dass er vor der Aufnahme der Tätigkeit bei der Beigeladenen zu 1) nach einer Festanstellung gefragt habe. Dies habe die

Beigeladene zu 1) jedoch nicht gewollt. Er habe Patienten zudem nur über das Telefon der Praxis für diese akquiriert. Eigenwerbung und Eigenakquise habe er nicht betrieben, auch sei er nicht eigenständig als Ergotherapeut am Markt aufgetreten. Die Beigeladene zu 1) habe ihm zwar hinsichtlich der Behandlung von Patienten keine Weisungen erteilt, aber im Rahmen der organisatorischen Abläufe. So seien jeweils zum Ende des Behandlungstages das Wartezimmer und die Behandlungsräume aufzuräumen gewesen. Auch habe die Beigeladene zu 1) von ihm die Dokumentation der Behandlung verlangt. Der Kläger ist der Ansicht, dass das Urteil des SG Berlin und der darauf hin von der Beklagten erlassene Bescheid vom 28. Oktober 2015 nicht zu beanstanden sei. Er unterliege in seiner Tätigkeit für die Beigeladene zu 1) in der Zeit von Juni 2008 bis Dezember 2009 der Versicherungspflicht in allen Zweigen der Sozialversicherung, da die Tätigkeit im Rahmen einer abhängigen Beschäftigung im Sinne von [§ 7 SGB IV](#) ausgeübt worden sei. Zu berücksichtigen sei, dass er in den Betrieb der Beigeladenen zu 1) eingegliedert gewesen sei, was sich aus den Abläufen zur Patientenannahme, aus dem im streitigen Zeitraum für alle Mitarbeiter gemeinsam geführten Dienstkalender, der Teilnahme an Teambesprechungen und der Einbindung in die Absprachen zur Patientenverteilung, der Aufteilung der Behandlungszimmer und der Übernahme von Urlaubs- und Krankheitsvertretungen ergebe. Ebenso sei ein gewichtiges Indiz für eine abhängige Beschäftigung, dass die Abrechnung seiner Behandlungen durch die Beigeladene zu 1) genauso wie für ihre fest angestellten Mitarbeiter erfolgt sei. Da er mangels Zulassung keine eigene Abrechnung habe vornehmen können, sei es ihm auch verwehrt gewesen, auf eigenes Risiko Patienten zu behandeln. Die Vorgaben des Leistungsrechts könnten nach der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts (Urteil vom 24. März 2016, [B 12 KR 20/14 R](#)) für die Beurteilung der Tätigkeit im Rahmen einer Gesamtwürdigung nicht außer Betracht gelassen werden. Hingegen sei für die Beurteilung unbedeutend, ob und wann er eine eigene Ergotherapiepraxis habe eröffnen wollen. Nicht ausreichend für die Annahme einer selbständigen Tätigkeit sei die freie Arbeitszeiteinteilung und Urlaubsgestaltung. Ein Unternehmerrisiko habe nicht bestanden, da er mangels Umsatzbeteiligung nicht am wirtschaftlichen Erfolg der Praxis beteiligt gewesen sei. Auch habe kein Risiko bestanden, dass er für die geleistete Arbeit nicht bezahlt werde. Überdies werde für die Einrichtung einer Ergotherapiepraxis auch Kapital benötigt, so dass der fehlende Einsatz des Wagniskapitals im Rahmen der Gesamtwürdigung ebenfalls zu berücksichtigen sei. Für die Beurteilung der Tätigkeit im streitigen Zeitraum sei zudem die Behauptung der Beigeladenen zu 1), er hätte durch die Akquise von Patienten diese ggf. auch als eigene Patienten für die angestrebte eigene Praxis gewinnen können, nicht von Bedeutung, da er seine eigene Praxis erst im Jahr 2012 eröffnet habe.

Die Beklagte und die Beigeladenen zu 2) bis 4) haben keine Anträge gestellt.

Wegen des Sachverhalts und des Vorbringens der Beteiligten wird im Übrigen auf den Inhalt der Gerichtsakte und des Verwaltungsvorgangs der Beklagten Bezug genommen, der, soweit wesentlich, Gegenstand der Erörterung in der mündlichen Verhandlung und der Entscheidungsfindung war.

Entscheidungsgründe:

Die statthafte, form- und fristgerecht eingelegte Berufung ([§§ 143, 144, 151](#) Sozialgerichtsgesetz - SGG) der Beigeladenen zu 1) gegen das Urteil des SG Berlin vom 18. September 2015 ist zulässig, aber nicht begründet. Gegenstand des Berufungsverfahrens ist das Urteil des SG Berlin vom 18. September 2015. Der von der Beklagten im Nachgang in Umsetzung des Urteils erlassene Ausführungsbescheid vom 28. Oktober 2015 ist gemäß [§ 153 Abs. 1 SGG](#) in Verbindung mit [§ 96 SGG](#) Gegenstand des Verfahrens geworden, denn er ersetzt den ursprünglichen Bescheid vom 11. Juni 2012 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 25. Juli 2013. Über diesen nach Eingang der Berufung erlassenen Bescheid war durch den Senat auf Klage zu entscheiden (vgl. BSG, Urteil vom 26. Mai 2011, [B 10 EG 12/10 R](#), juris). Die Klage gegen den Bescheid vom 28. Oktober 2015 ist als kombinierte Anfechtungs- und Feststellungsklage gemäß [§ 54 Abs. 1](#) und [§ 55 SGG](#) statthaft. Die Berufung der Beigeladenen zu 1) gegen das Urteil des SG Berlin vom 18. September 2015 sowie ihre Klage gegen den Bescheid vom 28. Oktober 2015 sind jedoch unbegründet, denn zu Recht hat das SG den ursprünglichen Bescheid der Beklagten vom 11. Juni 2012 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 25. Juli 2013 aufgehoben und festgestellt, dass der Kläger im Rahmen seiner Tätigkeit für die Beigeladene zu 1) in der Zeit von Juni 2008 bis Dezember 2009 der Versicherungspflicht in allen Zweigen der Sozialversicherung unterlag, und zu Recht hat die Beklagte dem Urteil folgend sodann den Bescheid vom 28. Oktober 2015 erlassen. Der Bescheid vom 28. Oktober 2015 ist rechtmäßig und verletzt den Kläger nicht in seinen Rechten. Zwar war der ursprünglich angefochtene Bescheid vom 11. Juni 2012 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 25. Juli 2013 bereits deshalb rechtswidrig und vom SG zu Recht aufzuheben, als die Beklagte im Rahmen der erfolgten Betriebsprüfung nach [§ 28p Abs. 1 Satz 5 SGB IV](#) einen Bescheid erlassen hatte, der keine Entscheidung über die Versicherungspflicht enthielt. Nach [§ 28p Abs. 1 Satz 5 SGB IV](#) erlassen die Träger der Rentenversicherung im Rahmen der Betriebsprüfung bei den Arbeitgebern Verwaltungsakte zur Versicherungspflicht und Beitragshöhe in der Kranken-, Pflege- und Rentenversicherung sowie nach dem Recht der Arbeitsförderung einschließlich der Widerspruchsbescheide gegenüber den Arbeitgebern. Zwar ermächtigt die Norm auch zum Erlass entsprechender Bescheide gegenüber vermeintlich oder potenziell Versicherten (BSG, Urteil vom 17. Dezember 2014, [B 12 R 13/13 R](#), Rn. 21 ff., juris). Gegenstand der Bescheide müssen aber nach dem Wortlaut der Norm "Versicherungspflicht und Beitragshöhe" in der Kranken-, Pflege- und Rentenversicherung sowie nach dem Recht der Arbeitsförderung sein. Nach der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts (Urteil vom 30. November 2016, [B 12 R 8/15 R](#), juris) ermächtigt der Wortlaut dagegen nicht nur zur bloßen Feststellung eines einzelnen, untergeordneten Elements für die Frage der Versicherungspflicht. Vorliegend hatte die Beklagte sowohl im Ausgangsbescheid vom 11. Juni 2012, als auch im Widerspruchsbescheid vom 25. Juli 2013 zunächst lediglich die Feststellung getroffen, dass der Kläger im streitigen Zeitraum "nicht in einem Beschäftigungsverhältnis gegen Arbeitsentgelt" tätig wurde. Aussagen zur Versicherungspflicht fanden sich nicht, auch nicht konkludent allein durch die Verneinung einer abhängigen Beschäftigung. Gleichwohl war die Beklagte berechtigt dies im Klageverfahren entsprechend abzuändern, so dass [§ 28p Abs. 1 Satz 5 SGB IV](#) taugliche Rechtsgrundlage für den Bescheid vom 28. Oktober 2015 ist. Zu Recht hat das SG und ihm folgend die Beklagte festgestellt, dass der Kläger in seiner Tätigkeit für die Beigeladene zu 1) in der Zeit vom 1. Juni 2008 bis zum 31. Dezember 2009 der Versicherungspflicht in der Kranken-, Pflege- und Rentenversicherung und nach dem Recht der Arbeitsförderung unterlag. Der Versicherungspflicht in der gesetzlichen Krankenversicherung ([§ 5 Abs. 1 Nr. 1 SGB V](#)), in der sozialen Pflegeversicherung (§ 20 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 Sozialgesetzbuch/Elftes Buch, SGB XI), in der gesetzlichen Rentenversicherung (§ 1 S. 1 Nr. 1 Sozialgesetzbuch/Sechstes Buch, SGB VI) und nach dem Recht der Arbeitsförderung (§ 25 Abs. 1 S. 1 Sozialgesetzbuch/Drittes Buch, SGB III) unterliegen Personen, die gegen Arbeitsentgelt beschäftigt sind. Beurteilungsmaßstab für das Vorliegen einer abhängigen Beschäftigung nach den genannten Rechtsgrundlagen ist [§ 7 Abs. 1 SGB IV](#). Danach ist Beschäftigung die nichtselbstständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis. Anhaltspunkte für eine Beschäftigung sind nach Satz 2 dieser Vorschrift eine Tätigkeit nach Weisungen und eine Eingliederung in die Arbeitsorganisation des Weisungsgebers. Eine Beschäftigung setzt 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. Diese Weisungsgebundenheit kann - insbesondere bei Diensten höherer Art -

eingeschränkt und zur "funktionsgerecht dienenden Teilhabe am Arbeitsprozess" verfeinert sein. Demgegenüber 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 selbstständig tätig ist, hängt davon ab, welche Merkmale überwiegen. Maßgebend ist stets das Gesamtbild der Arbeitsleistung, welches sich nach den tatsächlichen Verhältnissen bestimmt. Tatsächliche Verhältnisse in diesem Sinne sind die rechtlich relevanten Umstände, 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 sich hieraus ergebende 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 (ständige Rechtsprechung des BSG seit dem Urteil vom 24. Januar 2007, [B 12 KR 31/06 R](#), und des Senats, vgl. Urteil vom 14. Juni 2017, [L 9 KR 354/13](#), Rn. 84, jeweils juris). Zur Überzeugung des Senats haben das SG Berlin und die Beklagte in ihrem Bescheid vom 28. Oktober 2015 zu Recht entschieden, dass im Falle des Klägers diejenigen typusbildenden Merkmale überwiegen, die für eine abhängige Beschäftigung sprechen. Zwar liegen Merkmale einer selbständigen Tätigkeit vor; doch die für die Beschäftigung sprechende Merkmale, insbesondere die Eingliederung in den Betrieb der Beigeladenen zu 1) und fehlende, ins Gewicht fallende Merkmale wie ein Unternehmerrisiko und ein eigenständiges Auftreten am Markt geben im Rahmen der Gesamtwürdigung den Ausschlag für das Vorliegen von Beschäftigung. Ausgangspunkt für die vorzunehmende Gesamtwürdigung sind zunächst die vertraglichen Regelungen, welche der Tätigkeit zugrunde liegen. Vorliegend wurde zwischen der Beigeladenen und dem Kläger kein schriftlicher, ihre Rechtsbeziehungen regelnder Vertrag geschlossen. Wie sich jedoch dem Vorbringen beider entnehmen lässt, sollte das Verhältnis zwischen der Beigeladenen zu 1) und dem Kläger im Rahmen einer selbständigen freien Mitarbeit durchgeführt werden. Dies ergibt sich sowohl aus der Aussage des Klägers in der mündlichen Verhandlung vor dem SG, als auch den Angaben der Beigeladenen zu 1) im Verwaltungs- und Klageverfahren. Beide geben insoweit übereinstimmend an, dass die Tätigkeit auf Basis einer freien Mitarbeit durchgeführt werden sollte. Die Angaben beider widersprechen sich letztlich nur in der Frage, auf wessen Initiative und warum eine Zusammenarbeit im Rahmen einer selbständigen Tätigkeit vereinbart wurde. Dies ist jedoch für die vorliegend zu beurteilende Frage irrelevant und bedarf daher keiner weiteren Aufklärung. Dem entspricht, dass keine festen Arbeitszeiten vereinbart wurden und tatsächliche Weisungen in Bezug auf Art und Weise der therapeutischen Behandlungen durch die Beigeladene zu 1) an den Kläger nicht erteilt wurden. Auch wurde kein fester Stundensatz oder ein monatliches Arbeitsentgelt vereinbart, sondern eine prozentuale Vergütung abhängig von Art und Anzahl der therapeutischen Leistungen des Klägers. Vorgaben zur Anzahl der zu behandelnden Patienten machte die Beigeladene zu 1) dem Kläger nicht, so dass er in gewissem Maße die Höhe seiner Vergütung durch die Anzahl der behandelten Patienten steuern konnte. Dem Umstand, dass Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall und Urlaubsgeld nicht vereinbart war, kommt demgegenüber kein entscheidendes Gewicht zu, denn es ist typisch, dass bei Vertragsgestaltungen, bei denen von selbständiger Tätigkeit ausgegangen wird, solche den Arbeitnehmer schützenden Rechte nicht vereinbart werden und ein einseitiges Risiko besteht. Besteht gleichwohl nach den Kriterien des [§ 7 SGB IV](#) ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis, finden die entsprechenden arbeitnehmerschützenden Regelungen des Bundesurlaubsgesetzes ([§§ 1, 2 BUrtG](#)) und des Entgeltfortzahlungsgesetzes ([§§ 1, 3 EntgFG](#)) Anwendung. Sie stehen gerade nicht zur Disposition der Vertragsparteien ([§ 13 Abs. 1 Satz 3 BUrtG](#), [§ 12 EntgFG](#)). Schließlich rechtfertigt allein die Belastung des Beschäftigten mit solchen zusätzlichen Risiken nicht die Annahme von Selbständigkeit (BSG, Urteil vom 25. Januar 2001, [B 12 KR 17/00 R](#), Rn. 24, juris). Demgegenüber spricht für die Annahme einer abhängigen Beschäftigung die Eingebundenheit des Klägers in die betriebliche Organisation der Beigeladenen zu 1). Dabei ist unter Betrieb die organisatorische Einheit zu verstehen, innerhalb derer mit Hilfe sächlicher oder sonstiger Mittel ein bestimmter arbeitstechnischer Zweck fortgesetzt verfolgt wird. Eine Eingliederung liegt unter anderem dann vor, wenn die Person mit Betriebsmitteln und in Räumen des Auftraggebers arbeitet und sie mit Personal des Auftraggebers zusammenarbeitet (Wehrhahn in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB III, 2. Aufl. 2019, [§ 25 SGB III](#), Rn. 21). Der Kläger war in das Team der Praxis der Beigeladenen zu 1) integriert und in die von ihr vorgegebene Arbeitsorganisation eingebunden. So nahm er wie die fest angestellten Mitarbeiter regelmäßig an den Teambesprechungen teil, in welchen sowohl die Patientenvergabe und Krankheits- und Urlaubsvertretungen besprochen wurden, als auch geklärt wurde, wer wann für einen bestimmten Patienten welchen Behandlungsraum nutzen konnte. Nicht überzeugend ist insofern der Behauptung der Beigeladenen zu 1), dass aufgrund der Anzahl der Behandlungsräume eine solche Absprache nicht notwendig und die Teilnahme des Klägers an den Teambesprechungen daher entbehrlich gewesen sei. Denn wie die Beigeladene zu 1) selbst in der mündlichen Verhandlung eingeräumt hat, sind die verschiedenen Behandlungsräume ihrer Praxis unterschiedlich ausgestattet, so dass der konkrete Raumbedarf je nach notwendiger Therapie und Patient unterschiedlich und damit ein Absprachebedarf zwischen den Therapeuten durchaus notwendig war. Die Eingliederung des Klägers in den Praxisbetrieb ergibt sich auch aus dem konkreten Ablauf der Patientenaufnahme. Der Erstkontakt zu den Patienten fand ausschließlich über das Praxistelefon der Beigeladenen zu 1) statt. Der Kläger hat wie alle anderen Mitarbeiter auch Telefonate entgegen genommen, anhand des Dienstkalenders, in welchem im streitigen Zeitraum auch eine Spalte für ihn geführt wurde, für sich und die übrigen Mitarbeiter Termine eingetragen und den Anrufbeantworter für die Praxis abgehört und Rückrufwünsche notiert. Umgekehrt haben die anderen Mitarbeiter für den Kläger Anrufe entgegengenommen, Terminabsagen und Rückrufwünsche notiert. Nur die Beigeladene zu 1) trat nach außen hin als Praxisbetreiberin und verantwortliche Heilmittelerbringerin auf. Der Kläger hingegen wurde von den Patienten als Mitarbeiter der Ergotherapiepraxis wahrgenommen, da er sich weder vom Auftreten noch von seiner Kleidung her wesentlich von den anderen Mitarbeitern unterschied. Zudem übernahm der Kläger selbst auch Urlaubsvertretungen für die anderen Mitarbeiter und wurde gelegentlich auch von diesen im Fall von Krankheit oder Urlaub vertreten. Für eine Eingliederung spricht des Weiteren, dass sich der Kläger auch für das Aufräumen der Behandlungs- und des Wartezimmers verantwortlich fühlte und regelmäßig am sog. Praxistag teilnahm. Zwar kann nach der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts (Urteil vom 24. März 2016, [B 12 KR 20/14 R](#), juris) nicht allein aus dem Umstand, dass nur die Beigeladene zu 1) eine Zulassung als Heilmittelerbringerin nach [§ 124 SGB V](#) hatte, auf eine abhängige Beschäftigung geschlossen werden, jedoch spricht die im vorliegenden Fall konkret erfolgte Abrechnung ebenfalls für eine Eingliederung des Klägers in den Betrieb der Klägerin, da sich die Art und Weise der Abrechnung der erbrachten Behandlungen des Klägers gegenüber den Krankenkassen durch die Beigeladene zu 1) nicht von denen der anderen Mitarbeiter unterschied. So reichte sie die Verordnungen des Klägers gemeinsam mit denen der anderen Mitarbeiter jeweils eigenständig direkt nach der erbrachten Leistung beim Abrechnungszentrum ein, ohne dass der Kläger hierzu einen gesonderten Auftrag an sie erteilte. Schließlich spricht für eine abhängige Beschäftigung, dass die Beigeladene zu 1) gegenüber den verordnenden Ärzten als die verantwortliche Heilmittelerbringerin in Erscheinung trat, da der Kläger seine Berichte auf dem

Briefpapier der Praxis fertigte. Dass insoweit eine inhaltliche Kontrolle durch die Beigeladene zu 1) nicht erfolgte, ändert hieran nichts. Schließlich ist zu berücksichtigen, dass die Patientenakten der vom Kläger behandelten Patienten in der Praxis der Beigeladenen zu 1) verblieben sind und damit diese und nicht der Kläger die Verantwortung für die ordnungsgemäße Aufbewahrung und anschließende datenschutzrechtlich nicht zu beanstandende Vernichtung der Patientenakten übernahm. Zur Annahme der Selbständigkeit führt vorliegend auch nicht allein die Vergütungshöhe. Selbst wenn man den Ausführungen des Prozessbevollmächtigten der Beigeladenen zu 1) folgend davon ausgeht, dass der Kläger eine Vergütung erhielt, die mehr als doppelt so hoch war wie die durchschnittliche Vergütung als angestellter Ergotherapeut und damit die Finanzierung einer hinreichenden Eigenvorsorge (Alter, Krankheit, Erwerbsunfähigkeit etc.) zuließ, so ist dies nur ein Indiz von vielen, welches in der Gesamtwürdigung zu berücksichtigen ist (BSG, Urteil vom 31. März 2017 - [B 12 R 7/15 R](#) -, [BSGE 123, 50-62](#), Rn. 50). Angesichts des Überwiegens der übrigen Indizien kann es allein nicht zur Begründung einer Selbständigkeit führen. Demgegenüber fehlt es der Tätigkeit des Klägers an einem für eine selbständige Tätigkeit typischem Unternehmerrisiko. Wesentliches Kriterium für ein Unternehmerrisiko ist, ob eigenes Kapital auch unter Gefahr eines Verlustes eingesetzt wird, so dass der Erfolg des Einsatzes der Mittel ungewiss ist (BSG, Urteil vom 28. Mai 2008, [B 12 KR 13/07](#), Rn. 27, juris). Der Kläger musste kein eigenes Wagniskapital einsetzen. Auch setzte er sich nicht der Gefahr aus, nicht nur keine Einnahmen zu erzielen, sondern mit Ausgaben belastet zu sein, die von den Einnahmen nicht getragen werden. Vorliegend bestand keine Vereinbarung dahingehend, dass der Kläger einen festen Betrag für die Nutzung der Ausstattung und der Räumlichkeiten an die Beigeladenen unabhängig von der tatsächlichen Nutzung zu zahlen hatte. Aufgrund der getroffenen Vergütungsabrede entstanden dem Kläger keine Kosten, wenn er keine Einnahmen erzielte. Der vereinbarte Abschlag fiel nur bei einem Gegenanspruch auf Vergütung an und wurde direkt mit diesem verrechnet. Der Kläger trat auch nicht selbst als Unternehmer am Markt auf. So betrieb er keine Eigenwerbung, die Patientenakquise erfolgte ausschließlich über das Praxistelefon für die Praxis der Beigeladenen zu 1) und nicht gesondert für den Kläger als selbständig Tätigen. Für die Patienten war nicht erkennbar, dass der Kläger selbst eigenständiger Unternehmer gewesen sein soll. Der Kläger erbrachte seine Leistungen nur in eigener Person und beschäftigte keine Mitarbeiter. Er verfügte auch über keine eigene Betriebsstätte und setzte keine eigenen Arbeitsmittel ein. Entgegen der Ansicht der Beigeladenen zu 1) erfordert die Tätigkeit des Ergotherapeuten auch nicht allein Fachkompetenz. Vielmehr ist für die verschiedenen Therapieformen auch unterschiedliches Arbeitsmaterial notwendig. So benötigt eine Ergotherapiepraxis als Mindestausstattung Arbeitstisch, therapeutisches Spielmaterial, Material zur taktilen, taktil-kinästhetischen, propriozeptiven, vestibulären, auditiven und visuellen Wahrnehmung, Material für verschiedene Handwerkstechniken, psychomotorisches Übungsmaterial etc. Nicht von Belang ist für den streitigen Zeitraum von Juni 2008 bis Dezember 2009 die von der Beigeladenen zu 1) behauptete potenzielle Möglichkeit des Klägers, in der Praxis Kunden zu akquirieren, die sodann mit ihm in seine eigene Praxis wechseln (als sog. Unternehmerinitiative), denn der zu beurteilende Zeitraum stand nicht in zeitlicher Nähe zur Praxiseröffnung des Klägers im Sommer 2012. Zu berücksichtigen ist ferner, dass der Kläger im Wesentlichen nur für die Beigeladene zu 1) tätig war. Die im Jahr 2008 erfolgten Abrechnungen gegenüber einer anderen Ergotherapiepraxis sind wirtschaftlich nur von untergeordneter Bedeutung. Zudem beinhalten die Rechnungen 2/08 und 4/08 nur die Abrechnung von Hausbesuchspatienten, die im Wesentlichen mit den Hausbesuchspatienten des Klägers übereinstimmen, die dieser im Jahr 2009 über die Beigeladene zu 1) abrechnete. Die Kostenentscheidung beruht auf [§ 197a SGG](#) i.V.m. [§ 154 Abs. 2 VwGO](#) und entspricht dem Ergebnis in der Sache. Kosten der Beigeladenen zu 2) bis 4) sind nicht zu erstatten, weil diese keine Anträge gestellt haben. Der Senat hatte insoweit zu berücksichtigen, dass allein die Beigeladene zu 1) die Berufungsklägerin und Klägerin gegen den Bescheid vom 28. Oktober 2015 war und sie nicht gemäß [§ 183 SGG](#) kostenprivilegiert ist. Beklagte und Berufungsbeklagte blieb die DRV Bund, der Kläger selbst war im Berufungsverfahren weder Berufungskläger noch Berufungsbeklagter, so dass sich die Kostenentscheidung im Berufungsverfahren nicht nach [§ 193 SGG](#) richtet. Demgegenüber war die Kostenentscheidung im Urteil des SG Berlin abzuändern, da sie sich entgegen der Ansicht des SG Berlin nicht nach [§ 197a SGG](#), sondern nach [§ 193 SGG](#) richtete, denn der Kläger des erstinstanzlichen Verfahrens war gemäß [§ 183 SGG](#) als Versicherter kostenprivilegiert. Gründe für die Zulassung der Revision gemäß [§ 160 Abs. 2 Nr. 1 und 2 SGG](#) liegen nicht vor.

Rechtskraft

Aus

Login

BRB

Saved

2019-07-11