

## L 5 R 210/09

Land  
Freistaat Bayern  
Sozialgericht  
Bayerisches LSG  
Sachgebiet  
Rentenversicherung  
Abteilung  
5  
1. Instanz  
SG Regensburg (FSB)  
Aktenzeichen  
S 14 R 8040/08  
Datum  
09.02.2009  
2. Instanz  
Bayerisches LSG  
Aktenzeichen  
L 5 R 210/09  
Datum  
11.08.2009  
3. Instanz  
Bundessozialgericht  
Aktenzeichen  
B 12 R 38/09 B  
Datum  
05.03.2010  
Kategorie  
Urteil  
Leitsätze

Betriebsprüfung: zur abhängigen Beschäftigung von Physiotherapeuten

I. Die Berufung der Klägerin gegen den Gerichtsbescheid des Sozialgerichts Regensburg vom 9. Februar 2009 wird zurückgewiesen.

II. Die Klägerin trägt die Kosten der Berufung.

III. Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand:

Streitig sind Beitragsnachforderungen aufgrund einer Betriebsprüfung.

1.

Die Klägerin ist eine in A-Stadt ansässige Firma mit dem handelsregisterlich eingetragenen Unternehmensgegenstand Betrieb eines Physiotherapiestudios, Kooperation mit anderen medizinischen Einrichtungen, wissenschaftlicher Begleitung naturheilkundlicher oder alternativer Heilmethoden, Erarbeitung neuer Kur- bzw. Reha-Konzepte, Vermarktung von Gesundheitsprodukten sowie Vertrieb von medizinischen Messgeräten, nicht rezeptpflichtiger Medikamente sowie medizinischer Trainingstherapie. Der 1959 geborene Geschäftsführer der Klägerin ist von Beruf Arzt. Die Klägerin bietet Massagen und Krankengymnastik an, wobei sie jedenfalls in der Vergangenheit "freie Mitarbeiter" einsetzte, die für von der Klägerin zugewiesene Patienten in von der Klägerin verantwortlich betriebenen Massageräumen Massagen- und Physiotherapieleistungen erbrachten. Die Abrechnung mit den Patienten lief dabei über die Klägerin, während die Physiotherapeuten auf Stundenbasis bezahlt wurden und die vor Ort vorhandenen Einrichtungen und Gegenstände nutzten. Diese Leistungen bot die Klägerin unter anderem im Wellnessbereich des B.Hofes in L. an. Weil mehrere "freie Mitarbeiter" tatsächlich nicht selbständig tätig, sondern weisungsgebunden abhängig Beschäftigte der Klägerin waren (u. a. auch die vorliegend Beigeladenen zu 5) und zu 7), forderte die Beklagte mit Bescheid vom 18.11.2004 für den Zeitraum 01.01.1999 bis 31.12.2002 Gesamtsozialversicherungsbeiträge in Höhe von 3.849,36 Euro nach. Diesen Bescheid hat die Klägerin akzeptiert und kein Rechtsmittel eingelegt.

2.

In Auswertung der Dokumente eines Lohnsteuer-Außenprüfungs-Berichts des Finanzamtes C. vom 12.06.2007, eines Ermittlungsverfahrens gegen den Geschäftsführer der Klägerin wegen Verstößen gegen die Abgabenordnung, gegen das Ausländerrecht und der Ermittlungsakten der Arbeitsbeitsmarktinspektion der Beigeladenen zu 19) forderte die Beklagte nach Anhörung mit Bescheid vom 28.04.2008 Gesamtsozialversicherungsbeiträge und Umlagen einschließlich Säumniszuschläge in Höhe von 3.926,72 Euro von der Klägerin nach. Die Prüfung des Betriebes der Klägerin habe für den Prüfzeitraum 01.01.2003 bis 31.12.2006 ergeben, dass diese die in der Massagepraxis im B.Hof in L. tätigen Physiotherapeuten auf Basis freier Mitarbeit geführt habe, obgleich jene tatsächlich beitragspflichtig abhängig Beschäftigte gewesen seien. Zudem sei bei dem Beigeladenen zu 1) unzutreffenderweise die Zusammenrechnung zweier Beschäftigungsverhältnisse unterblieben und bei der Beigeladenen zu 2) wegen einer Vertretungstätigkeit die Grenze der Entgeltgeringfügigkeit überschritten worden.

Dagegen hat die Klägerin Widerspruch eingelegt mit der Begründung, der Beigeladene zu 1) habe nicht zwei zusammenzurechnende Beschäftigungsverhältnisse ausgeführt, die Beigeladene zu 2) sei nur wegen einer unvorhergesehenen Krankheitsvertretung zusätzlich beschäftigt worden und die Physiotherapeuten seien tatsächlich freiberuflich tätig gewesen. Die Beigeladene zu 4) habe keinerlei Leistungen der Klägerin erhalten. Dieser Widerspruch ist erfolglos geblieben (Widerspruchsbescheid vom 24.07.2008). In Auswertung der

Unterlagen zum Beigeladenen zu 1) sei das Bestehen zweier Beschäftigungsverhältnisse nachgewiesen. Die entsprechende Zusammenrechnung habe unabhängig davon zu erfolgen, ob der Beschäftigte seiner Mitteilungspflicht nachgekommen sei oder der Arbeitgeber davon Kenntnis gehabt habe. Die Beigeladene zu 2) sei gegen ein Entgelt von 391,00 Euro monatlich knapp unter der Geringfügigkeitsgrenze von 400,00 Euro monatlich beschäftigt gewesen. Zusätzlich habe sie im Dezember 2005 637,50 Euro erhalten für eine Vertretungstätigkeit. Diese sei nicht unvorhersehbar eingetreten, weil die betroffene Mitarbeiterin N. bereits seit Mitte 2005 Krankengeld bezogen habe. Die als freien Mitarbeiter geführten Physiotherapeuten seien abhängig beschäftigt gewesen, wie bereits mit rechtskräftigem Bescheid für einen früheren Zeitraum festgestellt. Auch die Finanzverwaltung habe einer steuerpflichtigen, abhängigen Arbeitnehmertätigkeit festgestellt. Die betroffenen Personen hätten gegenüber den Patienten nicht selbst abgerechnet, sondern ein Entgelt von der Klägerin auf Stundenbasis erhalten. Sie hätten über keine eigenen Betriebsmittel verfügt und kein Unternehmerrisiko getragen. Die Beigeladene zu 4) sei nach den vorliegenden detaillierten Stunden- und Kassenbuchaufzeichnungen in Vollzeit für die Klägerin tätig gewesen und entsprechend bezahlt worden.

3.

Dagegen hat die Klägerin Klage zum Sozialgericht Regensburg erhoben, diese jedoch nicht begründet. Mit Gerichtsbescheid vom 09.02.2009 hat das Sozialgericht die Klage abgewiesen und zur Begründung auf die Entscheidung der Beklagten Bezug genommen. Darüber hinaus hat das Sozialgericht die Rechtsgrundlagen der Entscheidung der Beklagten dargelegt und sein Befremden darüber zum Ausdruck gebracht, warum der Bescheid vom 18.11.2004 für einen identischen Sachverhalt bestandskräftig geworden war, die gegenständliche Entscheidung jedoch angefochten wurde. In Anbetracht der Verurteilung der Beigeladenen zu 4) wegen illegalen Aufenthalts sowie des Ergebnisses der Ermittlungen wegen illegaler Beschäftigung der Beigeladenen zu 4) sei ein versicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis anzunehmen.

4.

Dagegen hat die Klägerin Berufung eingelegt, diese jedoch nicht begründet.

Die Klägerin beantragt sinngemäß,

den Gerichtsbescheid des Sozialgerichts Regensburg vom 09.02.2009 sowie den Bescheid der Beklagten vom 28.04.2008 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 24.07.2008 aufzuheben.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Die Beigeladenen haben keinen Antrag gestellt.

Beigezogen und Gegenstand der mündlichen Verhandlung waren die Verwaltungsakten sowie die Kassenakten der Beklagten. Darauf sowie auf die Gerichtsakten beider Rechtszüge wird zur Ergänzung des Tatbestandes Bezug genommen.

Entscheidungsgründe:

Die form- und fristgerecht eingelegte Berufung ist zulässig ([§§ 143, 151 Sozialgerichtsgesetz - SGG](#)), aber unbegründet.

1.

Streitgegenstand ist der Bescheid der Beklagten vom 28.04.2008 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 24.07.2008, mit welchem diese Gesamtsozialversicherungsbeiträge, Umlagen und Säumniszuschläge in Höhe von insgesamt 3.926,72 Euro nachgefordert hat. Diese Entscheidung ist zu Recht ergangen, wie das Sozialgericht im angefochtenen Gerichtsbescheid vom 09.02.2009 zutreffend entschieden hat. Im Rahmen der Betriebsprüfung war die Beklagte als Rentenversicherungsträger gemäß [§ 28 p Abs. 1 Satz 5 SGB IV](#) befugt und verpflichtet, über die Beitragspflicht der betroffenen Beigeladenen zu entscheiden und die entsprechenden Beiträge nachzufordern.

Personen, die in einem Beschäftigungsverhältnis i. S. d. [§ 7 Abs. 1 SGB IV](#) stehen, unterliegen der Kranken-, der Pflege-, der Renten- und der Arbeitslosenversicherung der Beitragspflicht ([§ 2 Abs. 2 Nr. 1 SGB IV](#), [§ 5 Abs. 2 Nr. 1 SGB V](#), [§ 20 Abs. 1 Satz 2 SGB XI](#), [§ 1 Satz 2 Nr. 1 SGB VI](#), [§ 25 Abs. 1 Satz 1 SGB IV](#)). Nach ständiger Rechtsprechung setzt eine Beschäftigung voraus, dass der Arbeitnehmer vom Arbeitgeber persönlich abhängig ist. Bei einer Beschäftigung in einem fremden Betrieb - wie hier in den Räumlichkeiten des B.Hofes in L. - 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. Demgegenüber ist eine selbstständige Tätigkeit vornehmlich durch das eigene Unternehmerrisiko einerseits sowie die spiegelbildlich dazugehörige Unternehmenschance, 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 tatsächlichen Arbeitsleistung zumal wenn wie hier kein schriftlicher Arbeitsvertrag existiert(vgl. BSG Urteil v. 28.5.2008, [B 12 KR 13/07 R](#); vgl auch BVerfG [NJW 1996, 2644](#)).

Eine geringfügige und damit nach den einzelnen Büchern des Sozialgesetzbuches versicherungsfreie Beschäftigung liegt nach [§ 8 Abs. 1 Nr. 1 SGB IV](#) vor, wenn das Arbeitsentgelt aus dieser Beschäftigung regelmäßig im Monat 400,00 Euro nicht übersteigt. Der Begriff regelmäßig bedeutet, dass in Bezug auf die Entgelthöhe eine prognostische Beurteilung durchzuführen ist ([BT-Drs. 7/4122](#), Anlage 2, 43). Das bedeutet, dass ein nur gelegentliches und nicht vorhersehbares Überschreiten der 400,00-Euro-Grenze nicht zur Versicherungspflicht führt. Als gelegentlich wird dabei ein Zeitraum von bis zu zwei Monaten innerhalb eines Jahres angesehen. Dabei ist zu unterscheiden zwischen der Nichtvorhersehbarkeit und dem Nichtvorhersehen einer möglichen Überschreitung der Entgeltgrenze.

Wer gegen ein Entgelt zwischen 400,01 Euro und 800,00 Euro im Monat beschäftigt ist, unterliegt der sogenannten Gleitzone-Regelung des [§ 20 Abs. 2 1. Halbsatz SGB IV](#). Danach werden die Arbeitnehmeranteile zum Gesamtsozialversicherungsbeitrag nicht in voller Höhe, sondern in aufsteigender Höhe errechnet, um den Übergang zwischen der Grenze zum Minijob gemäß [§ 8 Abs. 1 Nr. 1 SGB IV](#) und der voll zu verbeitragenden Beschäftigung gleitend auszugestalten. Liegen allerdings mehrere Beschäftigungsverhältnisse vor, ist für die Beurteilung, ob die Gleitzone anzuwenden ist oder nicht, das insgesamt erzielte Arbeitsentgelt maßgebend ([§ 20 Abs. 2 letzter Halbsatz SGB IV](#)).

2.

In Anwendung dieser Grundsätze ergibt sich aus der Betriebsprüfungsakte der Beklagten zunächst, dass der Beigeladene zu 1) in zwei Beschäftigungsverhältnissen gestanden war und dass dabei von August bis Februar 2006 das Arbeitsentgelt, das sich aus der Zusammenrechnung ergibt, oberhalb der 400,01-Euro-Grenze des [§ 20 Abs. 2 SGB IV](#) lag. Zudem hatte die Klägerin zu Unrecht für das zum 17.03.2006 beendete Beschäftigungsverhältnis die Entgeltgeringfügigkeitsgrenze des [§ 8 Abs. 1 SGB IV](#) angewandt. Die entsprechenden Sozialversicherungsbeiträge hat die Beklagte damit zu Recht nachgefordert. Diese sind ausgehend von den dokumentierten Entgeltnachweisen auch der Höhe nach zutreffend berechnet worden.

3.

Die Beigeladene zu 2) war im Jahr 2005 gegen ein monatliches Entgelt von 391,00 Euro bei der Klägerin beschäftigt gewesen. Zusätzlich zu diesem Entgelt weist ihr Lohnkonto für den Dezember 2005 637,50 Euro für eine Vertretungstätigkeit aus. In Zusammenrechnung dieses Betrages mit den monatlich 2005 erhaltenen Entgelten ergibt sich somit, dass die 400,00-Euro-Grenze des [§ 8 Abs. 1 SGB IV](#) 2005 im Durchschnitt überschritten wurde. Die Beigeladene zu 2) war damit nicht mehr entgeltgeringfügig beschäftigt, die entsprechenden Gesamtsozialversicherungsbeiträge aus ihrer Tätigkeit waren deshalb nachzufordern. Insoweit ist festzuhalten, dass die Vertretungstätigkeit für eine erkrankte Mitarbeiterin nicht als unvorhersehbar einzuschätzen ist. Denn die Klägerin beschäftigt eine Vielzahl von Mitarbeitern. Dass Arbeitnehmer arbeitsunfähig erkranken und vertreten werden müssen, ist ein immer wieder regelmäßig in jedem Betrieb und Unternehmen auftretender Sachverhalt. Es ist daher damit zu rechnen, dass für Krankheitsvertretungen zu sorgen ist. Im Falle der Krankheitsvertretung im Dezember 2005 kommt hinzu, dass die betreffende Mitarbeiterin der Klägerin bereits Monate vorher im Krankengeldbezug gestanden hatte. Der entsprechende Vertretungsfall war damit aus zwei Gründen keineswegs unvorhersehbar. Dass die Klägerin diesen eventuell tatsächlich nicht vorhergesehen hat, bleibt unbeachtlich.

4.

Zu Unrecht hat die Beklagte die beigeladenen Physiotherapeutinnen und Physiotherapeuten als selbständig Tätige behandelt. Tatsächlich waren diese in die Betriebsorganisation der Klägerin eingebunden und waren dort arbeitsteilig tätig. Wie die Verwaltungsakten der Beklagten, dort insbesondere die Ermittlungsakten und die Feststellungen des Finanzamts C. ergeben, waren die Physiotherapeuten im Hotel B.Hof in L. in Räumlichkeiten des Hotels tätig. Dort verfügten die Physiotherapeutinnen und Physiotherapeuten der Klägerin nicht über eigene Betriebsmittel, sondern es waren ihnen alle für Massage und Krankengymnastik notwendigen Einrichtungen wie Massageliegen, Handtücher, Massageöle oder etwa die Bestuhlung für die Wartezeit vor Ort zur Verfügung gestellt. Die Klägerin wies dabei den beigeladenen Physiotherapeutinnen und Physiotherapeuten die jeweiligen Patienten zu. Diese hatten sich nicht bei den beigeladenen Physiotherapeutinnen und Physiotherapeuten als zu behandelnde Patienten gemeldet. Die entsprechenden Leistungen wurden auch nicht gegenüber den Patienten abgerechnet, sondern gegenüber der Klägerin. Dabei erfolgte die Bezahlung der betroffenen Beigeladenen arbeitnehmertypisch auf Stundenbasis. Es fehlte somit an einem eigenen Auftreten am Markt, an eigenen Betriebsmitteln sowie an einem typischen Unternehmerrisiko und gleichzeitig an einer typischen Unternehmerchance. Die beigeladenen Physiotherapeutinnen und Physiotherapeuten konnten höhere Erlöse nur dadurch erzielen, dass sie mehr Stunden für die Klägerin arbeiteten. Dies ist als arbeitnehmertypisch anzusehen.

Die demgegenüber vorhandenen Freiheiten, wie z. B. die Möglichkeit, Art der Physiotherapie und Abfolge der Massageleistungen nach eigenen Entscheidungen

zu gestalten, keine permanente Präsenzpflcht sowie das Fehlen von Entgeltfortzahlung im Urlaubs- und Krankheitsfall treten dabei im Rahmen der vorzunehmenden Gesamtabwägung der Umstände des Einzelfalles in den Hintergrund.

Festzuhalten ist darüber hinaus, dass die Beigeladene zu 4) nach den von ihr ausgestellten Stundennachweisen und Abrechnungen, die in den Betriebsprüfungsakten der Beklagten in Kopie vorhanden sind, regelmäßig für die Klägerin als Physiotherapeutin tätig war. Insbesondere weist der Monat Juli 2003 regelmäßig Tätigkeiten von neun bis zehn Stunden/Tag auf.

Da die Beklagte somit berechtigt war, die aus den jeweiligen Beschäftigungen geleisteten Entgeltzahlungen die Gesamtsozialversicherungsbeiträge und Umlagen auch der Höhe nach zutreffend berechnet hat, sind die Nachforderungen der Beklagten insoweit zutreffend erfolgt.

5.

Auch die in der Entscheidung der Beklagten enthaltenen Säumniszuschläge i. S. d. [§ 24 SGB IV](#) hat die Beklagte dem Grunde und der Höhe nach zutreffend errechnet. Anhaltspunkte dafür, dass die Klägerin unverschuldet keine Kenntnis von der jeweiligen Zahlungspflicht hatte, sind nicht erkennbar. Es weist im Gegenteil der bestandskräftige Bescheid vom 18.11.2004 darauf hin, dass die Klägerin positive Kenntnis vom Vorliegen von Beschäftigungsverhältnissen der daraus folgenden Beitragspflicht hatte.

Die Beklagte durfte die Höhe der Gesamtsozialversicherungsbeiträge wie geschehen teilweise schätzen und mittels Summenbescheid nach [§ 28 f Abs. 2 SGB IV](#) festsetzen. Denn die Klägerin hatte ihre Aufzeichnungspflichten insoweit nicht erfüllt. Der angenommene Schätzmodus ist nicht zu beanstanden. Im Übrigen könnte die Klägerin jederzeit gemäß [§ 28 f Abs. 2 Satz 5 SGB V](#) durch Vorlage der entsprechenden Nachweise die Höhe der Beitragszahlung zugrunde zu legenden personenbezogenen Arbeitsentgeltes bewirken. Dies hätte zur Folge, dass die streitgegenständliche Entscheidung insoweit abzuändern wäre, ebenso wie die Nachforderungshöhe.

Die Berufung der Klägerin bleibt somit insgesamt ohne Erfolg.

Die Kostenentscheidung beruht auf [§ 197 a SGG](#) i. V. m. [§ 154 Abs. 2 VwGO](#).

Gründe zur Zulassung der Revision sind nicht ersichtlich, [§ 160 SGG](#).

Rechtskraft

Aus

Login

FSB

Saved

2010-03-19