

## L 5 R 781/12 B ER

Land

Freistaat Bayern

Sozialgericht

Bayerisches LSG

Sachgebiet

Rentenversicherung

Abteilung

5

1. Instanz

SG München (FSB)

Aktenzeichen

S 47 R 1486/12 ER

Datum

16.08.2012

2. Instanz

Bayerisches LSG

Aktenzeichen

L 5 R 781/12 B ER

Datum

05.10.2012

3. Instanz

Bundessozialgericht

Aktenzeichen

-

Datum

-

Kategorie

Beschluss

Leitsätze

1. Betriebsprüfung: Masseurin in "Freier Mitarbeit" als nur dem Scheine nach Selbständige - Anordnung der aufschiebenden Wirkung

2. Die Befreiung von der Rentenversicherungspflicht als Selbständiger mit nur einem Auftraggeber nach [§ 2 Satz 1 Nr. 9 SGB VI](#), [§ 6 Abs. 1a Satz 1 Nr. 1 SGB VI](#) kann die Beitragsnachforderung wegen Scheinselbstständigkeit dieser Tätigkeit hindern.

I. Auf die Beschwerde der Antragstellerin wird der Beschluss des Sozialgerichts München vom 16.08.2012 teilweise abgeändert und die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs der Antragstellerin gegen den Bescheid vom 15.06.2012 hinsichtlich der Beitragsnachforderung für die Tätigkeit des S. angeordnet; im Übrigen wird die Beschwerde zurückgewiesen.

II. Die Kosten beider Rechtszüge trägt die Antragstellerin zu 9/10, die Antragsgegnerin zu 1/10.

III. Der Streitwert wird auf EUR 54.058,19 festgesetzt.

Gründe:

I.

Die Antragstellerin begehrt die aufschiebende Wirkung eines Widerspruchs gegen einen Beitragsnachforderungsbescheid aufgrund Betriebsprüfung anzuordnen.

1. Die Antragstellerin ist eine der sechs Gesellschaften mit beschränkter Haftung des "Wohlfühlbades" T. in A-Stadt. Der handelsregisterlich eingetragene Geschäftszweck der Antragstellerin ist das "Betreiben eines Heilbades unter gesundheitsfördernden Gesichtspunkten zur allgemeinen und speziellen Heilbehandlung". Dazu zählt das Angebot von klassischen Massagen ebenso wie von Aroma-, Fußreflexzonen- und Sportmassagen etc. Besucher der T. erwerben diese Leistungen über das Kassensystem der Antragstellerin und erhalten in von der Antragstellerin betriebenen Räumlichkeiten/Kabinen die entsprechenden Massagen. Bis Mitte 2009 war dieser Massagebereich an einen eigenen Betreiber vermietet, seither hat die Antragstellerin das Massageleistungssystem umgestellt. Die verschiedenen Massageanwendungen erbringen nunmehr einzelne Masseurinnen/Masseure (im Folgenden: Masseure), die zum einen aufgrund von Arbeitsverträgen tätig sind (Bezug: Anlage 8 zum Antrag der Antragstellerin vom 25.07.2012 - Verfahrensakte des Sozialgerichts ). Zum anderen sind Masseure als "freie Mitarbeiter" aufgrund zweier Verträge tätig, die die Antragstellerin jeweils vorformuliert und stellt: Ein Vertrag über freie Mitarbeit (Bezug: Anlage 9 des Antrages vom 25.07.2012 SG-Akte) und ein Mietvertrag (Bezug: Anlage 10 zum Antrag vom 25.07.2012 SG-Akte). Regelmäßig stellen die "freien Masseure" der Antragstellerin monatlich eine Rechnung für ihre erbrachten Leistungen, die Antragstellerin zieht hiervon einen Mietanteil ab in Höhe von 58%, 60 % oder 62 % des Umsatzes je nach Raumart und -größe. Die Antragstellerin stellt sowohl den freien als auch den angestellten Masseuren die Räumlichkeiten einschließlich Liegen und Massagematerialien im Wellnessbereich zur Verfügung.

Dieses Vorgehen beanstandete das Finanzamt A-Stadt in der Lohnsteuer Außenprüfung vom 20.07.2010. Denn die freien Mitarbeiter seien nur dem Scheine nach selbstständig, tatsächlich aber abhängig beschäftigte Personen. Die entsprechenden Lohnsteuerbeträge wurden nachgefordert (Haftungsbescheid vom 10.08.2010). Diese Entscheidung akzeptierte die Antragstellerin, soweit die Masseure ausschließlich für die Antragstellerin tätig gewesen waren (Haftungsbescheid vom 18.11.2010).

2. Die Antragsgegnerin führte vom 04. bis 18.02.2011 eine beitragsrechtliche Betriebsprüfung der Antragstellerin durch und griff die steuerrechtliche Beanstandung der freien Masseure auf. Nach zusätzlichen Ermittlungen forderte die Antragsgegnerin mit Bescheid vom 15.06.2012 Gesamtsozialversicherungsbeiträge ohne Säumniszuschläge iHv 162.174,75 EUR nach. Die in freier Mitarbeit tätigen Masseure seien beitragsrechtlich zutreffend als Beschäftigte zu behandeln. Denn sie seien in den Betrieb der Antragstellerin eingebunden tätig,

benutzten von dieser gestellte Räumlichkeiten und Arbeitsmittel, unterlägen detaillierten Vorgaben zu Kleidung und zur Arbeitsweise und seien in das Bezahl- und Abrechnungssystem der Besucher der Antragstellerin fest eingebunden. Dahinter müssten andere Gesichtspunkte, die für eine abhängige Beschäftigung sprächen, zurücktreten.

Dagegen erhob die Antragstellerin Widerspruch am 28.06.2012, soweit die Nachforderungen Masseur betrafen, die weitere Auftraggeber hatten. Wie in der steuerrechtlichen Behandlung wandte sich die Antragstellerin nicht gegen die Nachforderungen soweit Masseur betroffen waren, die ausschließlich für die Antragstellerin tätig waren. Gleichzeitig beantrage die Antragstellerin insofern die Aussetzung der sofortigen Vollziehbarkeit. Diesen Antrag lehnte die Antragsgegnerin am 06.07.2012 ab.

3. Darauf hat die Antragstellerin am 25.07.2012 beim Sozialgericht München beantragt, die aufschiebende Wirkung des Widerspruches herzustellen. Der Bescheid sei hinsichtlich des S. rechtswidrig, weil dieser mit Bescheid der Deutschen Rentenversicherung Knappschaft Bahn/See vom 14.12.2009 als Selbstständiger von der Rentenversicherungspflicht befreit sei. Im Übrigen unterlägen die freien Mitarbeiter im Gegensatz zu den fest angestellten Masseuren keinen Weisungen, seien nicht zur Durchführung von bestimmten Massagen verpflichtet und müssten sich nicht an vorgegebene Zeiten halten. Sie träten im Internet für ihre Leistungen selbstständig werbend auf, seien auf dem Markt tätig, indem sie auch für andere Auftraggeber Massageleistungen erbrächten. Sie stellten ihre Leistungen selbst in Rechnung. Demgegenüber seien die angestellten Masseur zur Leistungserbringung zu festen Zeiten verpflichtet und erhielten eine Vergütung in Höhe von 29,5 % des getätigten Umsatzes, bei einer Mindestgarantieprovision von 1.600,00 EUR monatlich. Insoweit hat die Antragstellerin eidesstattliche Versicherungen von zwei Masseuren vorgelegt, wonach diese die Räumlichkeiten nach eigenen Planungen ausgestaltet hätten, zur kostenfreien Behandlung von VIP tatsächlich nicht verpflichtet gewesen seien, keine bestimmten Personen hätten massieren müssen und dass sie auch im Übrigen keiner Weisungsgebundenheit unterlegen hätten.

Das Sozialgericht hat den Antrag abgewiesen (Beschluss vom 16.08.2012).

4. Dagegen hat die Antragstellerin Beschwerde eingelegt und über die Bezugnahme auf ihr bisheriges Vorbringen hinaus betont, dass sich ein Überwiegen der für eine freie Mitarbeit sprechenden Umstände aus einer Gesamtabwägung aller relevanten Umstände unter Berücksichtigung der Beweisführungslast der Antragsgegnerin ergebe. Denn die freien Mitarbeiter seien nicht arbeitnehmertypisch eingebunden in den Betrieb der Antragstellerin tätig gewesen, was sich aus der Berechtigung, andere Tätigkeiten zu erhalten, aus der Vergütung sowie aus den Vereinbarungen zur Weisungsfreiheit ergebe. Auch im Übrigen hätten sich freie Mitarbeiter und abhängig Beschäftigte unterschieden.

Die Antragstellerin beantragt,  
den Beschluss des Sozialgerichts München vom 16.08.2012 aufzuheben und die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs gegen den Bescheid vom 15.06.2012 herzustellen.

Die Antragsgegnerin beantragt,  
die Beschwerde zurückzuweisen.

Sie hält die Entscheidung des Sozialgerichts für zutreffend, weil eine Gesamtabwägung ein Überwiegen der für eine abhängige Beschäftigung sprechenden Kriterien der Masseurinnen und Masseur ergebe.

Ergänzend wird Bezug genommen auf die beigezogenen Verwaltungsakten der Antragsgegnerin sowie auf die Gerichtsakten beider Rechtszüge.

II.

Die form- und fristgerecht eingelegte Beschwerde ist zulässig ([§§ 172, 173 SGG](#)) aber nur zu einem geringen Teil begründet.

Der Beitragsnachforderungsbescheid vom 15.06.2012 ist hier Streitgegenstand insoweit, als Beiträge nachgefordert wurden für Masseur in freier Mitarbeit, die auch für andere Auftraggeber tätig geworden sind. In diesem Umfang ist im vorliegenden Eilverfahren im Wesentlichen nicht zu erkennen, dass die Antragsgegnerin zu Unrecht von nur dem Scheine nach selbstständigen Tätigkeiten ausgegangen ist. Etwas Anderes gilt nur für den Masseur S. wegen des bestandskräftigen Bescheides vom 14.12.2009 zur Renten-Versicherungspflicht als Selbstständiger.

1. Nach [§ 86 b Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 SGG](#) kann das Gericht der Hauptsache in den Fällen, in denen - wie hier gemäß [§ 86 a Abs. 2 Nr. 1 SGG](#) - Widerspruch und Anfechtungsklage keine aufschiebende Wirkung haben, diese ganz oder teilweise anordnen. Die Entscheidung, inwieweit die aufschiebende Wirkung gegen Beitragsbescheide ausnahmsweise durch das Gericht angeordnet werden kann, richtet sich zunächst nach einer Abwägung des Aufschubinteresses der Antragstellerin einerseits und den öffentlichen Interessen an dem Sofortvollzug des Beitragsnachforderungsbescheides andererseits. Dabei ist in vorsichtiger Anlehnung an [§ 86 a Abs. 3 Satz 2 SGG](#) zunächst zu berücksichtigen, in welchem Ausmaß Zweifel an der Rechtmäßigkeit des angefochtenen Verwaltungsaktes bestehen ([BT-Drs. 14/5943](#) unter Bezug auf BVerwG [NJW 1974, 1294](#); ständige Rechtsprechung, vgl. LSG Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 13.07.2011 - [L 8 R 287 B ER](#); Bayer. Landessozialgericht, Beschluss vom 13.08.2012 - [L 5 R 595/12 B ER](#)). [§ 86 b SGG](#) verlagert damit das Vollzugsrisiko von Beitragsbescheiden auf den Adressaten (vgl. LSG Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 03.07.2012 - [L 8 R 878/11 B ER](#)).

Nach [§ 28 p Abs. 1 Satz 5 SGB IV](#) erlassen die Träger der Rentenversicherung - wie hier die Antragsgegnerin - im Rahmen der Prüfung bei den Arbeitgebern Verwaltungsakte zur Versicherungspflicht und Beitragshöhe in der Kranken-, Pflege- und Rentenversicherung sowie nach dem Recht der Arbeitsförderung. Inhalt und Umfang der Prüfung nach [§ 28 p SGB IV](#) ergeben sich aus den in [§§ 28 a ff. SGB IV](#) normierten Aufgaben des Arbeitgebers, insbesondere zu den Meldepflichten [§ 28 e SGB IV](#), zur Zahlung des Gesamtsozialversicherungsbeitrages [§ 28 d SGB IV](#) und zu den Aufzeichnungs- und Beitragsnachweispflichten gemäß [§ 28 f SGB IV](#). Inhalt der Betriebsprüfung ist dabei insbesondere die von den Arbeitgebern vorzunehmende Beurteilung von Beschäftigungsverhältnissen. Dazu zählt, ob und in welchem Umfang die in oder für den geprüften Betrieb tätigen Personen der Sozialversicherungspflicht unterliegen, ob diese versicherungspflichtig, versicherungsfrei oder von der Versicherungspflicht befreit sind (vgl. Bayer. Landessozialgericht Beschluss vom 09.05.2012 - [L 5 R 23/12](#)).

Beschäftigung ist dabei gemäß [§ 7 Abs. 1 SGB IV](#) die nichtselbstständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis. Ein Beschäftigungsverhältnis ist geprägt dadurch, dass der Tätige in einen fremden Betrieb eingegliedert ist und dabei einem Zeit, Dauer, Ort und Art der Ausführung der Arbeiten umfassenden Weisungsrecht des Arbeitgebers unterliegt. Selbstständige Tätigkeiten sind dagegen

anzunehmen, wenn sie durch ein Unternehmerrisiko und spiegelbildlich dazu durch eine eigene Unternehmenschance geprägt sind sowie durch das Vorhandensein einer eigenen Betriebsstätte, durch die Verfügungsmöglichkeit über eigene Arbeitskraft und durch eine im Wesentlichen frei gestaltete Arbeitszeit. Insoweit ist eine Gesamtabwägung aller relevanter Umstände vorzunehmen, unter denen die jeweilige Tätigkeit ausgeübt worden ist (ständige Rechtsprechung, vgl. BSG Urteil vom 12.02.2004 - [B 12 KR 26/02 R](#); Bayer. Landessozialgericht Urteil vom 28.06.2011 - [L 5 R 880/10](#)).

Die Beitragspflicht in den einzelnen Zweigen der Sozialversicherung ergibt sich aus den jeweiligen Vorschriften, [§ 253 SGB V](#), [§ 174 Abs. 1 SGB VI](#), [§ 60 Abs. 1 Satz 1 SGB XI](#) sowie [§ 348 Abs. 1 Satz 1 SGB III](#). Die Beitragshöhe aus dem Arbeitsentgelt ([§ 14 Abs. 1 SGB IV](#)) richtet sich nach dem Entgelt der versicherungspflichtigen Beschäftigung (vgl. [§§ 223, 226 SGB V](#), [§§ 161, 162 SGB VI](#), [§§ 341, 342 SGB III](#) sowie [§§ 54, 57 SGB XI](#)).

2. In Anwendung dieser Rechtsgrundsätze ist im Rahmen der wegen der Eilbedürftigkeit des vorliegenden Verfahrens gebotenen summarischen Prüfung festzustellen, dass die betroffenen Masseure, die im Rahmen freier Arbeitsverhältnisse für die Antragstellerin tätig waren, von der Beklagten zutreffend als versicherungspflichtige Beschäftigte behandelt worden sind - allein mit Ausnahme des S. (dazu unten Ziff 4.).

Aus den Prüfungsakten der Antragsgegnerin, aus den vorgelegten Dokumenten der Antragstellerin sowie aus den Gerichtsakten ergeben sich folgende gewichtige Anhaltspunkte für eine abhängige Beschäftigung:

- Die Masseure sind im Gebäude der Antragstellerin, der T. A-Stadt tätig,
- sie benutzen dort Räumlichkeiten, die die Antragstellerin betreibt und bereitstellt,
- sie erbringen Leistungen, die dem Geschäftszweck der Antragstellerin entsprechen, nämlich Betreiben eines Heilbades unter gesundheitsfördernden Gesichtspunkten,
- die Massagekunden erwerben und bezahlen über das Kassensystem der T. A-Stadt die gesundheitsfördernden Leistungen der Masseure,
- nach Außen, insbesondere für die Massagekunden, ist eine selbstständige Leistungserbringung durch einen eigenständigen Vertragspartner nicht erkennbar,
- die Leistungserbringung erfolgt mit Hilfe von Massagemitteln und Massageeinrichtungen der Antragstellerin,
- für die Massagekunden ist ein wesentlicher Unterschied zwischen der Leistungserbringung durch fest angestellte und durch frei Mitarbeitende Masseure nicht erkennbar.

Dabei wird nicht übersehen, dass auch Gesichtspunkte für eine selbstständige Tätigkeit der betroffenen Masseure sprechen:

- Diese sind für mehrere Auftraggeber tätig,
- sie treten selbstwerbend insbesondere durch eigene Homepages auf dem Markt auf,
- sie erhalten eine andere Bezahlung als die festangestellten Arbeitnehmer,
- sie benutzen zum Teil auch eigene Aromaöle oder Dekorationen der Räumlichkeiten,
- die Finanzbehörden sehen in Anwendung der Abgrenzungskriterien des Steuerrechts, die mit den vorliegenden Abgrenzungskriterien des Sozialrechts identisch sind (vgl. [§ 2 Abs 1](#), [§ 19 Abs 1 EStG](#), [§ 1 Abs 1](#), [3 LStDV](#)), eine freie Mitarbeit,
- die Masseure sind nicht zur Leistungserbringung gegenüber bestimmten Kunden der Antragstellerin verpflichtet.

Diese Kriterien treten jedoch in der Gewichtung gegenüber den erstgenannten Kriterien zurück. Dies gilt umso mehr, als die tatsächliche Tätigkeit der Masseure einer regelmäßigen Leistungserbringung in einem arbeitnehmertypischen Zeitrahmen entspricht; dies zeigen vor allem die Vergütungsabrechnungen.

Somit ist im vorliegenden Verfahren dem Grunde nach die Einordnung der Masseurtätigkeiten durch die Antragsgegnerin als zutreffend zu betrachten. Eine Elementenfeststellung liegt nicht vor, weil der strittige Bescheid entsprechend [§ 28p Abs. 1 Satz 5 SGB IV](#) konkrete Regelungen zur Versicherungspflicht und zur Beitragshöhe enthält.

Die strittige Nachforderung begegnet auch der Höhe nach keinen Bedenken, der Berechnungsweg anhand der dokumentierten Zahlungen der Antragstellerin ist nicht zu bemängeln. Insoweit macht auch die Antragstellerin keine Einwände geltend.

Das Vorliegen einer unbilligen nicht durch überwiegende Interessen gebotenen Härte gemäß [§ 86b Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGG](#) ist im vorliegenden Fall nicht zu erkennen.

4. Etwas anderes gilt insoweit als die Antragsgegnerin auch Beiträge für die Tätigkeit des S. nachfordert.

Mit bestandskräftigem Bescheid vom 14.12.2009 hat die Deutsche Rentenversicherung als zuständiger Träger den S. von der Versicherungspflicht als Selbständiger gem. [§ 2 Satz 1 Nr. 9 SGB VI](#) für die ersten drei Jahre der Existenzgründung befreit ([§ 6 Abs. 1a Satz 1 Nr. 1 SGB VI](#)). Der Bescheidstenor bestimmt, dass S. antragsgemäß " ... vom 11.07.2009 bis 11.07.2012 von der Versicherungspflicht als Selbständiger mit einem Auftraggeber ..." befreit wird. Es spricht Vieles dafür, dass dieser Bescheid in Erfassung der vorliegend strittigen Tätigkeit eine auch für die Antragsgegnerin bindende Feststellung enthält, wonach S. als Selbständiger zu behandeln ist. Denn es ist von zwei inhaltlich sich widersprechende Bescheiden der Deutschen Rentenversicherung auszugehen, nämlich vom Befreiungsbescheid (14.12.2009) zur selbständigen Masseurtätigkeit einerseits und vom Beitragsnachforderungsbescheid (15.06.2012) andererseits, welcher die Masseurtätigkeit als Beschäftigungsverhältnis qualifiziert. Hierzu wäre die grundsätzliche Wertung des Gesetzgebers in [§§ 45 ff SGB X](#) maßgeblich, wonach der regelnde Erstbescheid zuerst zu beseitigen ist, bevor ein inhaltlich abweichender weiterer Bescheid ergehen darf. Weil somit erhebliche Zweifel an der Rechtmäßigkeit der Beitragsnachforderung bestehen, soweit S. betroffen ist, wird in diesem Umfang der angegriffene Beschluss des Sozialgerichts München aufgehoben sowie die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs der Antragstellerin angeordnet.

Die Beschwerde der Antragstellerin bleibt deshalb in wesentlichem Umfang ohne Erfolg.

Die Kostenentscheidung beruht auf [§§ 197 a SGG](#), [155 Abs.1 Satz 2 VwGO](#).

Die Streitwerthöhe entspricht der Festsetzung der ersten Instanz, [§ 52 Abs. 1](#), [§ 47 Abs. 2 Satz 1 GKG](#).

Dieser Beschluss ist mit der Beschwerde nicht anfechtbar gemäß [§ 177 SGG](#) und beendet das Verfahren auf Gewährung einstweiligen Rechtsschutzes.

Rechtskraft

Aus

Login

FSB

Saved

2014-04-04