

## L 5 KR 714/05

Land  
Baden-Württemberg  
Sozialgericht  
LSG Baden-Württemberg  
Sachgebiet  
Krankenversicherung  
Abteilung  
5  
1. Instanz  
SG Heilbronn (BWB)  
Aktenzeichen  
S 9 KR 3630/03  
Datum  
08.02.2005  
2. Instanz  
LSG Baden-Württemberg  
Aktenzeichen  
L 5 KR 714/05  
Datum  
16.01.2008  
3. Instanz  
Bundessozialgericht  
Aktenzeichen  
-

Datum

-

Kategorie

Urteil

Die Berufungen des Klägers und des Beigeladenen zu 1) gegen den Gerichtsbescheid des Sozialgerichts Heilbronn vom 8. Februar 2005 werden zurückgewiesen.

Der Kläger trägt die Kosten des Verfahrens mit Ausnahme der Kosten der Beigeladenen, die ihre Kosten selber tragen. Im Übrigen sind außergerichtliche Kosten nicht zu erstatten.

Der Streitwert wird auf 20.120,01 EUR für beide Rechtszüge festgesetzt.

Tatbestand:

Streitig ist, ob der Beigeladene zu 1) bei dem Kläger in der Zeit vom 01.11.1999 bis 31.12.2001 sozialversicherungspflichtig beschäftigt war und ob der Kläger deswegen Sozialversicherungsbeiträge in Höhe von insgesamt 20.120,01 EUR nach zu entrichten hat.

Der Kläger betreibt die Gaststätte "Haus des Handwerks" in H ...

Der Beigeladene zu 1) durchlief ab 1981 beim Kläger eine Lehre als Koch und war danach noch neun Monate lang als Jungkoch tätig. Anschließend erlernte er den Beruf eines Industriekaufmanns. Von 1985 bis 30.11.1998 stand er bei verschiedenen Arbeitgebern in abhängigen Beschäftigungsverhältnissen, zuletzt bei einer Metallbaufirma als Kalkulator. Am 03.02.1999 meldete er sich bei dem Arbeitsamt H. arbeitslos und bezog danach vom 02.02.1999 bis zur Erschöpfung des Anspruchs am 01.02.2000 Arbeitslosengeld ohne Anrechnung von Nebeneinkommen in Höhe von zuletzt wöchentlich 622,86 DM. Unter dem 15.02.1999 teilte der Beigeladene zu 1) dem Arbeitsamt mit, er habe sich am 01.09.1998 mit einer wöchentlichen Arbeitszeit von 14 Stunden im Bereich Handel und Dienstleistung selbständig gemacht.

Aufgrund einer Überschneidungsmitteilung ihrer Hauptstelle erfuhr das Arbeitsamt, dass der Beigeladene zu 1) eine Nebenbeschäftigung als Aushilfs-Zeitungszusteller für den H. Pressevertrieb ausübte. Am 28.01.2000 teilte der Beigeladene zu 1) dem Arbeitsamt mit, er mache sich nun selbständig. In einer beigezogenen Gewerbeanzeige vom 24.09.1999 sind als ausgeübte Tätigkeiten des Beigeladenen zu 1) aufgeführt: "Consulting und Im- und Export, Vertrieb von Haussanierungssystemen, Handel mit Kinöop.Produkten u.a. Bücher, Kunstartikel usw. der Kinöopathie GmbH, Vertrieb von Telekommunikationsprodukten und Zubehör, Vertrieb und Handel mit Ökoprodukten, elektrische Geräte, Naturwaren (Haushalt, Hobby, Freizeit), Quantum und Best Direct Produkten, Vertrieb von Büchern und Produkten Gesundheit-, Ernährung- und Umwelt, Feng Shui, Buddhismus, Maya-Kultur, Preisagentur, Unternehmensberatung als Dienstleistung, Partyservice und Organisation von Veranstaltungen (vgl. Arbeitsamtsakte Anhang Bl. 3). Im Telefonbuch war er in den Gelben Seiten mit dem Berufszweig "Unternehmensberatung" eingetragen. Auf seinen Antrag vom 24.01.2000 bewilligte ihm das Arbeitsamt mit Bescheid vom 02.02.2000 anlässlich der Aufnahme einer selbständigen Tätigkeit am 01.02. 2000 für die Dauer von sechs Monaten Überbrückungsgeld in Höhe von insgesamt 27.564,20 DM als Zuschuss in entsprechenden monatlichen Teilbeträgen.

Darüber hinaus war der Beigeladene zu 1) ab 1.11.1999 noch in der Gaststätte des Klägers tätig. Die für den Kläger geleisteten Stunden rechnete der Beigeladene zu 1) wöchentlich ab, wobei er einen Stundensatz von 26, später 31 DM zuzüglich Mehrwertsteuer in Rechnung stellte (vgl. Bl. 14-16 LSG-Akte). Die Prüfer der Beklagten kamen nach Auswertung dieser Rechnungen zu dem Ergebnis, dass über den gesamten Zeitraum ca. 100 bis 120 Arbeitsstunden monatlich angefallen seien und der Beigeladene zu 1) für den Zeitraum vom 01.11.1999 bis 31.12.1999 Entgelt in Höhe von 7.611,50 DM, für den Zeitraum vom 01.01.2000 bis 31.12.2000 Entgelt von 47.918,50 DM und für den Zeitraum vom 01.01.2001 bis 31.12.2001 Entgelt von 36.014,25 DM vom Kläger erhalten habe. Bei Annahme eines abhängigen

Beschäftigungsverhältnisses ergebe sich daraus eine Beitragsnachforderung von 20.120,01 EUR.

In einer Erklärung vom 14.04.2002 (Bl. 275-279 VerwA) gab der Beigeladene zu 1) hierzu an, er habe beim Kläger als "Sous Chef de Cuisine" gearbeitet. Er unterhalte eigene Geschäfts- und Betriebsräume, habe auch ein häusliches Arbeitszimmer, beschäftige jedoch keine Arbeitnehmer. Die näheren Arbeitsbedingungen seien mündlich festgelegt worden. Er habe tageweise nach Vereinbarung gearbeitet. Die Arbeiten seien in den Räumen des Klägers auszuführen gewesen, dabei seien ihm Weisungen hinsichtlich der Ausführung der Arbeit erteilt worden, seine Arbeiten seien allerdings wegen der bestehenden Vertrauensbasis nicht kontrolliert worden. Er sei dabei in den betrieblichen Arbeitsablauf als Vertretung des Küchenchefs bei dem Kläger eingegliedert gewesen, habe die gleichen Arbeiten ausgeführt wie fest angestellte Mitarbeiter und habe über seine Arbeitstätigkeit auch berichten müssen. Auch sei er verpflichtet gewesen, die Arbeiten persönlich auszuführen. Arbeitsmittel in Form von Messern, Schürzen und Handtüchern seien ihm zur Verfügung gestellt worden, eigenes Kapital habe er im Übrigen nicht eingesetzt. Für Schäden gegenüber dem Auftraggeber hafte er nicht. Die Vergütung sei auf Stundenlohnbasis erfolgt, die Zahlung in der Regel täglich. Ein Anspruch auf Lohnfortzahlung wegen Arbeitsunfähigkeit habe nicht bestanden, er habe bei Erkrankung aber keinen Ersatzmann stellen müssen und habe bei Erkrankung nicht erledigte Aufträge an den Kläger zurückgeben können.

Nach förmlicher Anhörung mit Schreiben vom 18.06.2002 teilte die Beklagte dem Kläger mit Bescheid vom 17.10.2002 mit, die sich aus der Prüfung ergebende Nachforderung betrage 22.538,20 EUR (20.120,01 EUR wegen des Beigeladenen zu 1) sowie weitere (später nicht bestrittene) Nachzahlungsbeträge im Zusammenhang mit der geringfügigen Beschäftigung von Aushilfskräften). Der Kläger habe den Beigeladenen zu 1) als Scheinselbständigen beschäftigt und darüber hinaus über mehrere geringfügig Beschäftigte nur unzureichend Lohnunterlagen geführt. In einigen Fällen seien für andere Mitarbeiter weder Beiträge noch Steuern abgeführt worden. Beim Beigeladenen zu 1) liege Scheinselbständigkeit vor, er sei in Wirklichkeit abhängig sozialversicherungspflichtig beschäftigt und daher beitragspflichtig gewesen. Er sei in den Betrieb des Klägers eingegliedert gewesen, was sich daraus ergebe, dass er die gleiche Tätigkeit ausgeübt habe wie die Festangestellten. Bei einer durchschnittlichen Arbeitszeit von 110 Stunden im Monat könne nicht davon ausgegangen werden, dass er lediglich für einzelne Veranstaltungen hinzugezogen worden sei. Er habe vielmehr die Vertretung für den Küchenchef übernommen und die Tätigkeiten in den Räumen des Arbeitgebers ausgeübt und dabei dessen Arbeitsgerät kostenlos mitbenutzt. Die von ihm erbrachte Dienstleistung sei sehr eng mit der Organisation des Klägers verzahnt, er habe lediglich Arbeitskleidung und einen eigenen Messersatz mitgebracht, ein weiterer Kapitaleinsatz sei nicht erforderlich gewesen, ein Unternehmerrisiko sei auch nicht vorhanden gewesen.

Für die persönliche Abhängigkeit spreche auch, dass der Beigeladene zu 1) keine eigenen Preisgestaltungsmöglichkeiten gehabt habe, die Vergütung sei auf Stundenlohnbasis erfolgt. Der Beigeladene sei zwar auch anderweitig erwerbstätig gewesen, habe dies aber trotz mehrfacher Aufforderung im Einzelnen nicht dargelegt, eine Veranlagung zur Einkommensteuer sei nicht erfolgt, was gegen eine selbständige Tätigkeit spreche. Die Beitragsrückstände beruhten auf einer falschen Statusbewertung, die zumindest grob fahrlässig dem Kläger zuzurechnen sei. Ihm hätte bekannt sein müssen, dass es sich bei dem Vertragsverhältnis mit dem Beigeladenen zu 1) um eine abhängige Beschäftigung gehandelt habe. Der Beigeladene zu 1) habe eine für Arbeitnehmer typische Arbeitsleistung im Betrieb des Auftraggebers erbracht, die zudem von vergleichbaren Arbeitgebern im selben Betrieb versicherungspflichtig ausgeübt worden sei.

Mit seinem am 18.11.2002 eingelegten Widerspruch, der sich allein gegen die Beitragsnachforderung wegen des Beigeladenen zu 1) richtet, ließ der Kläger durch seinen Bevollmächtigten rügen, der Umstand, dass der Beigeladene zu 1) in seinem Betrieb in einer Größenordnung von 110 Stunden im Monat gearbeitet habe, schließe nicht aus, dass der Beigeladene zu 1) daneben andere Aufträge angenommen habe und im Rahmen seines zusammen mit seiner Ehefrau gemeinsam angemeldeten Gewerbes tätig geworden sei. Irrig sei auch die Annahme, der Beigeladene zu 1) habe als Sous Chef de Cuisine gerade die gleichen Tätigkeiten wie die übrigen Festangestellten ausgeübt, vielmehr habe dieser ganz spezielle Dienstleistungen erbracht, für die ein besonderes Know how erforderlich sei, das die Festangestellten auf keinen Fall gehabt hätten.

Mit Widerspruchsbescheid vom 05.11.2003 wies die Beklagte den Widerspruch zurück. Sie wiederholte im Wesentlichen die Begründung des angefochtenen Bescheides und führte ergänzend aus, lägen die Kriterien für ein unselbständiges Beschäftigungsverhältnis vor und sollten die vertraglichen Bedingungen lediglich einen Vertrag mit einem selbständig Tätigen vortäuschen, so spreche man von Scheinselbständigkeit. So liege der Fall hier. Die Bezahlung des Beigeladenen zu 1) sei entsprechend "gebrauchter Zeit" vorgenommen mit einem Stundensatz von 17 EUR, der etwas über dem Tarifvertrag liege, nicht aber doppelt so hoch sei wie der Tariflohn, vergütet worden. Eine überbetriebliche Bezahlung stelle jedoch keinen Beweis für das Vorliegen einer selbständigen Tätigkeit dar. Dass der Beigeladene zu 1) spezielle Kenntnisse gehabt habe, sei nicht weiter nachvollziehbar. Der Beigeladene zu 1) habe auch keinerlei Unternehmensrisiko tragen müssen und schließlich hätten die behaupteten weiteren Auftraggeber nicht festgestellt werden können.

Hiergegen erhob der Kläger am 03.12.2003 Klage bei dem Sozialgericht Konstanz, das den Rechtsstreit mit Beschluss vom 18.12.2003 an das zuständige Sozialgericht Heilbronn verwies, das mit Beschluss vom 10.02.2004 die Beigeladenen beilud.

Der Kläger führte zur Begründung seiner Klage u. a. aus, er sei durch den Verlust von Personal im Herbst 1999 in personelle Engpässe gekommen. Versuche, über den Arbeitsmarkt eine Ersatzfachkraft zu finden, seien erfolglos geblieben. Er habe dann über seinen Küchenchef Kontakt mit dem Beigeladenen zu 1) aufgenommen und habe sich mit ihm darauf geeinigt, dass dieser im Rahmen seiner sonstigen Termine für ihn Dienstleistungen erbringe. Die durchschnittliche Arbeitszeit von 110 Stunden im Monat liege deutlich unter der branchenüblichen tariflichen Arbeitszeit im Gastronomiegewerbe von derzeit 169 Stunden monatlich.

Das Sozialgericht hörte den Kläger und den Beigeladenen zu 1) persönlich an. Der Kläger erklärte, zu der Zusammenarbeit mit dem Beigeladenen zu 1) sei es gekommen, weil der Chefkoch öfters frei gehabt habe und auch erkrankt gewesen sei. Zunächst habe er durch eigene Mitarbeit und die seiner Frau diese Fehlzeiten auffangen können, dann hätte er entweder den Betrieb reduzieren oder einen weiteren Koch beschäftigen müssen. Mit dem Beigeladenen sei man überein gekommen, dass dieser als selbständiger Koch mitarbeite, weil er sich habe selbständig machen wollen und noch ein weiteres Standbein gesucht habe. Als Entgelt sei man von dem tariflichen Stundenlohn ausgegangen, den man wegen der Versorgungsleistungen, für die Selbständige selbst aufkommen müssten, um 50% erhöht habe. Der Beigeladene zu 1) habe seine Leistung mit Rechnung einschließlich Mehrwertsteuer abgerechnet, er (der Beigeladene zu 1)) habe ihm gesagt, dies sei so in Ordnung, seine Frau arbeite in einem Steuerberaterbüro, dort sei alles geprüft worden. Man habe die Arbeitspläne wöchentlich erstellt, wobei man auf die Verfügbarkeit des Beigeladenen zu 1) Rücksicht genommen habe. Der Beigeladene zu 1) habe

immer wieder mitgeteilt, wann er im Laufe der nächsten Wochen Zeit habe. Er habe dann versucht, mit den drei anderen Köchen und dem fest angestellten Chefkoch auf diese Zeiten zu reagieren und den Arbeitsablauf um die Vorgaben des Beigeladenen zu 1) herum zu arrangieren. Sein Betrieb sei dadurch charakterisiert, dass relativ viele Busse zum Mittagessen gekommen seien und er auch größere Veranstaltungen, zum Teil mit bis zu 350 Leuten versorgte habe. Die Zusammenarbeit mit dem Beigeladenen zu 1) habe sich im Laufe des Jahres 2001 langsam aufgelöst, dieser habe immer weniger Zeit gehabt, weil er andere Aufgaben zu erfüllen hatte. Außerdem sei es seiner (des Klägers) Frau zu diesem Zeitpunkt auch wieder gesundheitlich besser gegangen und sie habe ihre Mitarbeit erhöhen können.

Der Beigeladene zu 1) erklärte, er habe sich zum 01.03.1998 selbständig gemacht, Hauptstandbein sei zunächst der Vertrieb von Naturprodukten im Bereich des Handels gewesen, darüber hinaus habe er noch andere Tätigkeiten, wie beispielsweise eine Hausmeister Tätigkeit über diese Firma laufen lassen. Da die Vertriebschiene geplatzt sei, sei er zunächst mit leeren Händen dagestanden. Zufällig habe er einen früheren Kollegen getroffen, der dann den Kontakt zum Kläger zustande gebracht habe. Die Zusammenarbeit selbst habe der Kläger zutreffend geschildert.

Mit Gerichtsbescheid vom 08.02.2005 wies das SG die Klage ab. Es bezog sich zunächst zur Begründung auf den Widerspruchsbescheid und wies ergänzend darauf hin, dass der Beigeladene zu 1) vollständig in den betrieblichen Ablauf der Firma des Klägers eingegliedert gewesen sei und keinerlei unternehmerisches Risiko getragen habe. Der Beigeladene zu 1) sei allerdings insoweit frei gewesen, als er dem Kläger habe mitteilen können, zu welchen Terminen er Zeit für Tätigkeiten habe. Alles andere habe dem Kläger obliegen. Der Kläger habe den konkreten Ablauf organisiert, die anderen Köche und den entsprechenden Chefkoch entsprechend den jeweiligen Erfordernissen eingeteilt und auch die konkrete Ausgestaltung eines Arbeitstages sei vom Kläger vorgeplant worden. Der Beigeladene zu 1) habe keine darüber hinausgehenden Möglichkeiten gehabt, auf den Ablauf eines konkreten Abends Einfluss zu nehmen. Wenn der Kläger sich an den Einsatzmöglichkeiten des Beigeladenen zu 1) orientiert habe, stelle dies kein Indiz für dessen Selbständigkeit dar, dies sei vielmehr lediglich Folge des Arbeitskräftemangels gewesen, den der Kläger in der nichtöffentlichen Sitzung plastisch geschildert habe. Darüber hinaus fehle es an jedem unternehmerischen Risiko. Dass der Beigeladene zu 1) ein Gewerbe angemeldet habe und dort gelegentlich auch Arbeiten ausgeführt habe, sage nichts darüber aus, ob er in seiner Tätigkeit für den Kläger selbständig oder versicherungspflichtig gewesen sei. Aus dem Umstand, dass ein Gewerbe angemeldet gewesen sei, folge nicht, dass der Beigeladene zu 1) generell selbständig gewesen sei.

Gegen das den Vertretern des Klägers und des Beigeladenen jeweils am 11.02.2005 zugestellte Urteil hat der Beigeladene zu 1) am 22.02.2005 und der Kläger am 09.03.2005 Berufung eingelegt. Der Kläger wiederholt und vertieft sein bisheriges Vorbringen und rügt insbesondere, das SG sei zu Unrecht von einer vollständigen Eingliederung in den Betrieb des Klägers ausgegangen. Richtig sei vielmehr gewesen, dass es jede Woche erneut Gespräche gegeben habe, wann der Beigeladene zu 1) bei ihm arbeiten solle. Gerade der Umstand, dass die Organisation an die Verfügbarkeit des Beigeladenen zu 1) habe angepasst werden müssen, zeige, dass der Beigeladene zu 1) eben nicht in seine Organisation eingegliedert gewesen sei. Auch sei unzutreffend, dass der Beigeladene zu 1) kein unternehmerisches Risiko getragen habe. Der Beigeladene zu 1) hätte sich jederzeit verletzen können und wäre dann nicht mehr in der Lage gewesen, Aufträge bei ihm anzunehmen, sodass er in der Hauptsache ein Vergütungsrisiko getragen habe, wie dies bei Dienstleistungen regelmäßig der Fall sei. Schließlich habe er auch gar keine andere Wahl gehabt als die Tätigkeit des Beigeladenen zu 1) in der rechtlichen Ausgestaltung einer selbstständigen Tätigkeit zu akzeptieren. Denn der Beigeladene zu 1) habe die Tätigkeit nur im Rahmen seines angemeldeten Gewerbes und im Rahmen seiner Einzelfirma aufnehmen wollen. Auch sei nicht berücksichtigt worden, dass die Einsatzzeiten sehr viel unterschiedlicher gewesen seien und nicht dem normalen, regelmäßigen Einsatz eines sozialversicherungspflichtig Beschäftigten entsprochen hätten.

Der Beigeladene zu 1) hat dem Senat die Einnahme-Überschussrechnungen für die Zeit vom 01.01.1999 bis 31.12.2001 überlassen. Daraus ergebe sich, dass er während dieses Zeitraum durchweg selbständige Tätigkeiten ausgeübt habe, wie dies auch vorliegend zwischen dem Kläger vereinbart und praktiziert worden sei.

Der Kläger und der Beigeladene zu 1) beantragen,

den Gerichtsbescheid des Sozialgerichts Heilbronn vom 8. Februar 2005 aufzuheben sowie den Bescheid vom 17.10.2002 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 05.11.2003 insoweit aufzuheben, als darin Beiträge wegen der Tätigkeit des Beigeladenen zu 1) beim Kläger erhoben werden.

Die Beklagte beantragt,

die Berufungen zurückzuweisen.

Die übrigen Beigeladenen haben keine Anträge gestellt und sich in der Sache nicht geäußert.

Der Senat hat vom früheren Küchenchef des Klägers J. E. die schriftliche Zeugenaussage vom 06.06.2006 eingeholt. Wegen der Einzelheiten wird auf die schriftliche Aussage Bl. 97 bis 99 LSG-Akte Bezug genommen.

Der Kläger vertritt hierzu die Auffassung, die Ausführungen des Zeugen E. zeigten, dass der Beigeladene zu 1) Aufträge nur nach eigener Verfügbarkeit angenommen habe und habe annehmen wollen. Dies unterscheide ihn deutlich von der eines in den Geschäftsbetrieb des Klägers und Berufungsklägers eingegliederten Arbeitnehmers. Der Kläger sei, insbesondere nachdem der Beigeladene zu 1) ab April 2001 mit "M F.-B., U. F. GbR" abgerechnet habe, nicht auf die Idee gekommen, es könne sich um eine abhängige Tätigkeit gehandelt haben. Er habe vielmehr eine Beitragspflicht nicht für möglich gehalten und sei deswegen auch nicht grob fahrlässig im Sinne von [§ 7 b Ziff. 3 SGB IV](#).

Wegen weiterer Einzelheiten wird auf die den Kläger betreffenden Verwaltungsakten der Beklagten, die beigezogenen Akten der Beigeladenen Ziff. 3) sowie die Prozessakten erster und zweiter Instanz Bezug genommen.

Entscheidungsgründe:

I.

Die Berufungen des Klägers und des Beigeladenen zu 1) sind zulässig und insbesondere statthaft. Ein Berufungsausschlussgrund nach [§ 144 Abs. 1](#) Sozialgerichtsgesetz (SGG) liegt nicht vor. Der Beschwerdewert in Höhe von 500 EUR ist überschritten. Der Kläger wendet sich gegen die Nachforderung von Sozialversicherungsbeiträgen in Höhe von 20.120,01 EUR. Dem Beigeladenen zu 1) geht es weder um eine Dienst- oder Geldleistung, sondern um das Nichtvorliegen von Sozialversicherungspflicht für einen Zeitraum von 26 Monaten.

II.

Die Berufungen von Kläger und Beigeladenen zu 1) sind jedoch unbegründet. Das SG hat zu Recht die Klage abgewiesen, denn der Beigeladene zu 1) war vom 01.11.1999 bis 31.12.2001 beim Kläger sozialversicherungspflichtig beschäftigt, weswegen die Beklagte vom Kläger zu Recht die Nachentrichtung von Beiträgen in Höhe von 20.120,01 EUR verlangt.

Gemäß [§ 28 p Abs. 1 Satz 1](#) Sozialgesetzbuch Viertes Buch - Gemeinsame Vorschriften für die Sozialversicherung (SGB IV) prüfen die Träger der Rentenversicherung bei den Arbeitgebern, ob diese ihre Meldepflichten und ihre sonstigen Pflichten nach diesem Gesetzbuch, die im Zusammenhang mit dem Gesamtsozialversicherungsbeitrag stehen, ordnungsgemäß erfüllen; sie prüfen insbesondere die Richtigkeit der Beitragszahlungen und der Meldungen (§ 28 a) mindestens alle vier Jahre. Die Prüfung umfasst gemäß § 28 p Abs. 1 Satz 4 auch die Lohnunterlagen der Beschäftigten, für die Beiträge nicht gezahlt wurden. Die Träger der Rentenversicherung erlassen im Rahmen der Prüfung Verwaltungsakte zur Versicherungspflicht und Beitragshöhe in der Kranken-, Pflege- und Rentenversicherung sowie nach dem Recht der Arbeitsförderung einschließlich den Widerspruchsbescheiden gegenüber den Arbeitgebern; insoweit gelten § 28 h Abs. 2 sowie § 93 i.V.m. § 89 Abs. 5 des Zehnten Buches nicht.

Ausgehend hiervon hat die Beklagte zu Recht beim Beigeladenen zu 1) Sozialversicherungspflicht im Zusammenhang mit seiner Tätigkeit für den Kläger in der Zeit vom 01.11.1999 bis 31.12.2001 festgestellt.

Gemäß [§ 5 Abs. 1 Nr. 1 SGB V](#), [§ 24](#) Sozialgesetzbuch Drittes Buch (SGB III), [§ 1 Satz 1 Nr. 1](#) Sozialgesetzbuch Sechstes Buch (SGB VI) und [§ 20](#) Sozialgesetzbuch Elftes Buch (SGB XI) setzt die Versicherungspflicht zur gesetzlichen Kranken-, Arbeitslosen-, Renten- und Pflegeversicherung jeweils ein Beschäftigungsverhältnis voraus. Was darunter zu verstehen ist, ist in [§ 7 Abs. 1 SGB IV](#) näher geregelt. Danach ist Beschäftigung die nicht selbständige Arbeit insbesondere in einem Arbeitsverhältnis. Anhaltspunkte für eine Beschäftigung sind eine Tätigkeit nach Weisungen und eine Eingliederung in die Arbeitsorganisation des Weisungsgebers. Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundessozialgerichts erfordert das Vorliegen einer Beschäftigung im Rechtssinne, dass der Arbeitnehmer vom Arbeitgeber persönlich abhängig ist. Bei einer Beschäftigung in einem fremden Betrieb ist dies der Fall, wenn der Beschäftigte in dem Betrieb eingegliedert ist und dabei eine Zeit, Dauer, Ort und Art der Arbeitsleistung umfassenden Weisungsrecht des Arbeitgebers unterliegt. Vornehmlich bei Diensten höherer Art kann dieses auch eingeschränkt und zur "dienenden Teilhabe am Arbeitsprozess" verfeinert sein (dazu BSG-Urteil vom 18.12.2001 - [B 12 KR 10/01 R](#) -). Dem gegenüber ist eine selbständige Tätigkeit vornehmlich durch das eigene Unternehmerrisiko, das Vorhandensein einer eigenen Betriebsstätte, die Verfügungsmöglichkeit über die eigene Arbeitskraft und die im Wesentlichen frei gestaltete Tätigkeit und Arbeitszeit gekennzeichnet. Ob jemand abhängig beschäftigt oder selbständig tätig ist, hängt davon ab, welche Merkmale überwiegen. Maßgebend ist stets das Gesamtbild der Arbeitsleistung. Weichen die Vereinbarungen von den tatsächlichen Verhältnissen ab, geben diesen den Ausschlag (zu alledem etwa BSG-Urteil vom 19.06.2001 - [B 12 KR 44/00 R](#) - m.w.N.). Maßgeblich ist die Rechtsbeziehung so, wie sie praktiziert wird, und die praktizierte Beziehung so, wie sie rechtlich zulässig ist (BSG-Urteil vom 25.01.2006 - [B 12 KR 30/04 R](#) -).

[§ 7 Abs. 4 SGB IV](#) in der vom 01.01.1999 bis 31.03.2003 gültigen Fassung enthielt für Scheinselbständige eine Vermutungsregelung. Für denjenigen, der seinen Mitwirkungspflichten nach [§ 206 SGB V](#) oder [196 SGB VI](#) nicht nachkam, galt danach die Vermutung der abhängigen Beschäftigung, wenn mindestens drei der folgenden fünf Merkmale vorlagen:

Die Person beschäftigt im Zusammenhang mit ihrer Tätigkeit regelmäßig keinen versicherungspflichtigen Arbeitnehmer, dessen Arbeitsentgelt aus diesem Beschäftigungsverhältnis regelmäßig im Monat 630 DM übersteigt; - sie ist auf Dauer und im Wesentlichen nur für einen Auftraggeber tätig; - ihr Auftraggeber oder ein vergleichbarer Auftraggeber lässt entsprechende Tätigkeiten regelmäßig durch von ihm beschäftigte Arbeitnehmer verrichten; - ihre Tätigkeit lässt typische Merkmale unternehmerischen Handelns nicht erkennen; - ihre Tätigkeit entspricht dem äußeren Erscheinungsbild nach der Tätigkeit, die sie für denselben Auftraggeber zuvor aufgrund eines Beschäftigungsverhältnisses ausgeübt hatte.

Ausgehend von dieser Vorschrift erfüllt der Beigeladene zu 1) mindestens drei Merkmale, weswegen auf abhängige Beschäftigung zu schließen ist. Zum Einen beschäftigte er im Zusammenhang mit seiner selbständigen Tätigkeit keine weiteren Arbeitnehmer, zum Zweiten hat der Kläger ebenso wie andere Gastwirte die Tätigkeit als Koch in der Küche regelmäßig durch von ihm beschäftigte Arbeitnehmer verrichten lassen und zum Dritten war der Beigeladene zu 1) in der Küche des Klägers als Aushilfskraft beschäftigt, wobei irgendwelche typischen Merkmale unternehmerischen Handelns im Zusammenhang damit nicht zu erkennen sind.

Berücksichtigt man, dass der Katalog des [§ 7 Abs. 4 SGB IV](#) in der vom 01.01.1999 bis 31.03.2003 geltenden Fassung von der Rechtsprechung nur als eine Aufzählung von Kriterien angesehen wurde, die im Zusammenhang mit der Abgrenzung einer selbständigen von einer abhängigen Beschäftigung von Belang sind, nicht jedoch als abschließender Katalog der Merkmale zur Abgrenzung von Beschäftigung und selbständiger Tätigkeit (vgl. in diesem Zusammenhang [BSGE 87, 53](#) sowie Seewald in KassKomm SGB IV [§ 7](#) Rdnr. 187 m.w.N.), ergibt sich im vorliegenden Fall nichts anderes. Auch die Gesamtwertung sämtlicher in Frage kommender Abgrenzungskriterien ergibt hier nur die Schlussfolgerung, dass der Beigeladene zu 1) beim Kläger als abhängig beschäftigter Koch tätig war.

Der Beigeladene zu 1) war beim Kläger als Aushilfskraft beschäftigt und in dessen Arbeitsorganisation eingegliedert. Er hat dort die Aufgaben übernommen, die die erkrankte Ehefrau des Klägers bzw. der erkrankte Chefkoch des Klägers oder andere Köche zuvor übernommen hatten. Dies ergibt sich zur Überzeugung des Senats aus den eigenen Angaben des Klägers, die dieser im Erörterungstermin des Sozialgerichts Heilbronn am 27.09.2004 gemacht hat. Der Kläger hat dort ausführlich dargelegt, dass er wegen Personalengpässen mit dem Kläger Kontakt aufgenommen hatte. Der Chefkoch habe öfters frei gehabt und sei zum damaligen Zeitpunkt auch erkrankt gewesen. Er habe weiterhin Schwierigkeiten beim Personaleinsatz gehabt, die sich daraus ergeben hatten, dass seine (sozialversicherungspflichtig beschäftigten) Mitarbeiter nur fünf Tage in der Woche arbeiteten, er aber sieben Tage in der Woche geöffnet hatte. Da der Beigeladene zu 1) in der Tat verlangt hat, dass auch auf seine anderen Termine Rücksicht genommen wird, hat der Kläger die Arbeitszeiten des Chefkochs

und der drei anderen Köche um diese Zeiten herum arrangiert und den Arbeitsablauf dementsprechend organisiert. Damit steht aber fest, dass der Beigeladene in genau gleicher Weise in die betriebliche Organisation des Klägers eingegliedert wurde wie jeder andere sozialversicherungspflichtig angestellte Koch auch. Der Beigeladene zu 1) hat die bestehenden Personallücken durch seine Mitarbeit aufgefüllt und ist anstelle von sozialversicherungspflichtig beschäftigten Arbeitnehmern tätig geworden.

Während seiner Arbeit als Koch war er ebenso wie die anderen Köche dem Weisungsrecht des Arbeitgebers untergeordnet. Es wurde von den Beteiligten des Rechtsstreites, insbesondere dem Kläger und dem Beigeladenen zu 1) an keiner Stelle behauptet, dass der Beigeladene zu 1) Einfluss auf die Art und Weise seines Einsatzes in der Küche nehmen konnte. Der Beigeladene zu 1) musste vielmehr die Arbeiten in der Küche übernehmen, die ihm vom Kläger bzw. dem Chefkoch zugewiesen wurden, also überwiegend die Tätigkeiten, für die andere Mitarbeiter ausgefallen waren oder für die sonst niemand zur Verfügung stand. An keiner Stelle seiner umfangreichen mündlichen Ausführungen vor dem SG kam dabei zum Ausdruck, dass der Beigeladene zu 1) im Vergleich zu anderen Köchen irgendwelche überragenden Fähigkeiten hatte und nur er bestimmte Speisen in bestimmten Arrangements kochen und zusammenstellen konnte. Er war vielmehr einer der Köche, die eben das zu kochen hatten, was sich die Gäste auf der Speisekarte zuvor als Speisen ausgewählt hatten. Insoweit war der Beigeladene zu 1) typischerweise tätig wie ein Arbeitnehmer, seine Tätigkeit in Bezug auf seinen Einsatz als Küchenhilfe lässt nirgendwo irgendwelche Zeichen unternehmerischer Aktivität erkennen.

Ein weiteres Merkmal, das gegen eine selbständige Tätigkeit des Klägers spricht, ist das Fehlen jedweden unternehmerischen Risikos. Der Beigeladene zu 1) hat im Bezug auf seine Tätigkeit als Koch keinerlei Kapital eingesetzt oder in irgend einer Weise ein unternehmerisches Risiko übernommen, das bei einem selbständigen Gastronomen typischerweise darin besteht, Dienstleistungen anzubieten, die danach von der Kundschaft nicht gefragt werden. Das einzige Risiko, das der Beigeladene zu 1) im Verhältnis zum Kläger eingegangen ist, war die Gefahr, dass der Kläger seine Arbeitskraft nicht mehr in Anspruch nimmt. Genau dieses Risiko ist aber typisch für Arbeitnehmer, die bei jedem Arbeitsverhältnis auch Gefahr laufen, dass ihr Arbeitgeber die Arbeitsleistung (sei es aus persönlichen, finanziellen oder sonstigen betrieblichen Gründen) nicht mehr nachfragt. Mangels eigenem Einsatz von Kapital oder der Übernahme irgendwelcher Verpflichtungen für den Gastronomiebetrieb kann von einer eigenständigen unternehmerischen Tätigkeit keine Rede sein.

Auch der Umstand, dass der Beigeladene zu 1) im hier streitigen Zeitraum anderweitig selbständig tätig war, rechtfertigt keine andere Beurteilung. Zu Recht hat die Beklagte darauf hingewiesen, dass jedes Beschäftigungsverhältnis für sich geprüft werden muss. Diese Prüfung hat - wie aus den obigen Darlegungen folgt - für die beim Kläger geleistete Arbeit ergeben, dass der Beigeladene zu 1) mit einer monatlichen Beschäftigung von 110 Arbeitsstunden zu etwa zwei Dritteln der üblichen Arbeitszeit in Teilzeit beschäftigter Arbeitnehmer war, der nebenher noch selbständigen Tätigkeiten nachgegangen ist. Aus dem Umstand, dass der Beigeladene zu 1) im Zusammenhang mit seinen Handelsaktivitäten als Selbständiger aufgetreten ist und möglicherweise auch als Zeitungsausträger oder Hausverwalter selbständig tätig war, lässt sich nicht der Rückschluss ziehen, dass er dann auch in der Beschäftigung beim Kläger selbständig tätig war.

Entgegen der Auffassung des Bevollmächtigten des Klägers ist es deshalb rechtlich unerheblich, ob und in welchem Ausmaß der Beigeladene zu 1) über seine Tätigkeit beim Kläger hinaus anderweitig selbständig tätig war. Angesichts der klaren Eingliederung des Beigeladenen zu 1) in den Betrieb des Klägers kommt diesem Umstand nicht einmal indizielle Bedeutung zu, weswegen insoweit auch weitere Ermittlungen rechtlich nicht erforderlich sind. Der im Schreiben der früheren Berichterstatterin vom 30.01.2007 vertretenen Auffassung vermag der Senat nicht zu folgen. Sie basiert zum einen auf den von ihr nicht weiter nachgeprüften Eigenangaben des Beigeladenen zu 1), zum anderen legen die vorgelegten Unterlagen gerade nicht eine anderweitige, längere Zeit dauernde überwiegend selbständige Tätigkeit des Beigeladenen zu 1) nahe. Von November 1999 bis August 2000 war die Tätigkeit beim Kläger (neben dem gleichzeitigen Bezug von Arbeitslosengeld bzw. Überbrückungsgeld) die einzige nennenswerte Einnahmequelle des Beigeladenen zu 1). Danach schließen sich mehr oder weniger unregelmäßige Einnahmen bei verschiedenen anderen Auftraggebern (H. Stimme, A. Hausverwaltung, Firma W. und Firma GBS, N.) an, wobei die H. Stimme von einer lohnsteuerpflichtigen Tätigkeit ausging, wie der Lohnsteuerbescheinigung für 2000 (Bl. 58 LSG-Akte) zu entnehmen ist. Die ebenfalls vorgelegten Einnahme-Überschussrechnungen für 1999 und 2000 (Bl. 42, 57) lassen in der Aufstellung der getätigten Ausgaben zudem keinerlei Bezug zu der Tätigkeit beim Kläger erkennen.

Andererseits steht fest, dass der Beigeladene zu 1) auch noch für das Jahr 2001 Leistungen in Höhe von 36.014,25 DM gegenüber dem Kläger abgerechnet hat. Diese Leistungen wurden in der Art und Weise erbracht, wie sie der Kläger und der Beigeladene zu 1) übereinstimmend im Termin zur Erörterung des Sachverhaltes vor dem SG am 27.09.2004 beschrieben haben. Angesichts der übereinstimmenden Aussagen sowohl des Klägers als auch des Beigeladenen zu 1) kommen den hiervon teilweise abweichenden Angaben des Chefkochs E. keine besondere Bedeutung zu. Die Aussage bestätigt andererseits, dass der Beigeladene zu 1) zwar mit unregelmäßigen Arbeitszeiten, aber immer dann eingesetzt wurde, wenn Personalmangel vorherrschte. Damit hat er typische Arbeitnehmertätigkeiten verrichtet, wenn Mitglieder "der Stammebelegschaft" ausgefallen sind.

Entgegen der Auffassung seines Bevollmächtigten kommt auch die Vorschrift des [§ 7 b SGB IV](#) zugunsten des Klägers nicht zur Anwendung. Stellt ein Versicherungsträger außerhalb des Verfahrens nach [§ 7 a SGB IV](#) fest, dass eine versicherungspflichtige Beschäftigung vorliegt, tritt die Versicherungspflicht erst mit dem Tag der Bekanntmachung dieser Entscheidung ein, wenn der Beschäftigte zustimmt, für den Zeitraum zwischen Aufnahme der Beschäftigung und der Entscheidung eine Absicherung gegen das finanzielle Risiko von Krankheit und zur Altersvorsorge vorgenommen hat, die der Art nach den Leistungen der gesetzlichen Krankenversicherung und der gesetzlichen Rentenversicherung entspricht, und er oder sein Arbeitgeber weder vorsätzlich noch grob fahrlässig von einer selbständigen Tätigkeit ausgegangen ist.

Die Anwendung dieser Vorschrift zugunsten des Klägers scheitert bereits daran, dass dem Kläger der Vorwurf der groben Fahrlässigkeit hinsichtlich der selbständigen Tätigkeit des Beigeladenen zu 1) gemacht werden muss.

Grobe Fahrlässigkeit liegt vor, wenn der Begünstigte die erforderliche Sorgfalt in besonders schwerem Maße verletzt hat ([§ 45 Abs. 2 Satz 3 Nr. 3](#) letzter Halbs. SGB X). Er muss unter Berücksichtigung seiner individuellen Einsichts- und Urteilsfähigkeit seine Sorgfaltspflichten in außergewöhnlich hohem Maße, d. h. in einem das gewöhnliche Maß an Fahrlässigkeit erheblich übersteigenden Ausmaß verletzt haben ([BSGE 42, 184](#), 186/187 = SozR 4100 § 152 Nr. 3; [BSG SozR 1300 § 48 Nr. 14](#)). Subjektiv schlechthin unentschuldigbar ist ein Verhalten, wenn schon einfachste, ganz nahe liegende Überlegungen nicht angestellt werden (vgl. RGZ 163, 106), wenn nicht beachtet wird, was im gegebenen Fall jedem einleuchten muss (siehe [BSGE 42, 184](#), 187 = SozR 4100 § 152 Nr. 3 m. w. N.; [BSGE 62, 32](#), 35 = SozR 4100 § 71 Nr.

2). Entscheidend sind stets die besonderen Umstände des Einzelfalles und die individuellen Fähigkeiten des Betroffenen, d. h. seine Urteilsfähigkeit und sein Einsichtsvermögen, im Übrigen auch sein Verhalten ([BSGE 42, 184](#), zum Ganzen vgl. auch: BSG, Urt. vom 8. Februar 2001 - [B 11 AL 21/00 R](#) -). Das Außerachtlassen von Vorschriften, auf die in einem Merkblatt besonders hingewiesen wird, ist im allgemeinen grob fahrlässig, es sei denn, dass der Betroffene die Vorschriften nicht verstanden hat ([BSGE 44, 264](#)).

Nachdem der Kläger den Beigeladenen zu 1) wie jeden anderen Koch in seinem Gastronomiebetrieb eingesetzt hat und der Beigeladene zu 1) in gleicher Weise seinen Weisungen unterstand, mit der einzigen Ausnahme, dass die Arbeitszeiten wöchentlich im Voraus festgelegt wurden, hätte sich ihm aufdrängen müssen, dass der Beigeladene zu 1) auch sozialversicherungspflichtig sein könnte. Es wäre deshalb geboten gewesen, sich nicht einfach auf die nur mündlichen Angaben des Beigeladenen zu 1) und eine von diesem mündlich behauptete angebliche Prüfung durch den Arbeitgeber (einen Steuerberater) seiner Ehefrau zu verlassen, vielmehr hätte er entweder bei seinem eigenen Steuerberater Rücksprache nehmen oder aber sich bei der Einzugsstelle erkundigen müssen, ob die vom Beigeladenen zu 1) behauptete Beitragsfreiheit auch tatsächlich zutrifft. Hätte der Kläger dies getan, hätte er die erhebliche Beitragsnachforderung unschwer vermeiden können. Auch ihm musste klar sein, dass der Beigeladene zu 1) in seiner Küche keinerlei eigenen unternehmerischen Aktivitäten entfaltet.

Nach alledem sind die angefochtenen Bescheide nicht zu beanstanden. Das SG hat die Klage zu Recht abgewiesen, weswegen die Berufungen des Klägers und des Beigeladenen zu 1) keinen Erfolg haben konnten.

III.

Die Kostenentscheidung beruht auf [§ 197 a](#) i.V.m. [§ 155 VwGO](#). Der Rechtsstreit ist nach Auffassung des Senats gerichtskostenpflichtig, weil der Kläger nicht zu dem Personenkreis gehört, der nach [§ 183 SGG](#) gerichtskostenfrei ist. Der Umstand, dass es sich bei dem Beigeladenen zu 1) um einen Versicherten handelt, für den das Verfahren gerichtskostenfrei ist, kann nicht dazu führen, dass auch der Arbeitgeber gerichtskostenfrei wird. Denn andernfalls wäre die Gerichtskostenpflicht vom (willkürlichen) Prozessverhalten der Beigeladenen abhängig.

Die Höhe des Streitwerts ist zwischen den Beteiligten unstrittig. Es geht um die Nachentrichtung von 20.120,01 EUR.

Gründe für die Zulassung der Revision bestehen nicht.

Rechtskraft

Aus

Login

BWB

Saved

2008-01-28