

## L 11 R 630/05

Land  
Baden-Württemberg  
Sozialgericht  
LSG Baden-Württemberg  
Sachgebiet  
Rentenversicherung  
Abteilung  
11  
1. Instanz  
SG Ulm (BWB)  
Aktenzeichen  
S 10 RJ 2616/02  
Datum  
19.01.2005  
2. Instanz  
LSG Baden-Württemberg  
Aktenzeichen  
L 11 R 630/05  
Datum  
20.09.2005  
3. Instanz  
Bundessozialgericht  
Aktenzeichen  
-  
Datum  
-  
Kategorie  
Urteil

Die Berufung des Klägers gegen das Urteil des Sozialgerichts Ulm vom 19. Januar 2005 wird zurückgewiesen.

Der Kläger trägt auch die Kosten des Berufungsverfahrens.

Der Streitwert beträgt 14.821,85 EUR.

Tatbestand:

Zwischen den Beteiligten ist die Nachforderung von Gesamtsozialversicherungsbeiträgen für den Prüfzeitraum vom 1. Januar 1997 bis 31. Mai 2001 in Höhe von 14.821,85 EUR streitig.

Der 1968 geborene Kläger, Inhaber der Firma J. F. u. T., S. G., ist Subunternehmer der S. H. GmbH. Seit März 2000 war der Beigeladene Ziffer 1 als Fahrer für den Kläger tätig, wobei er Montags bis Freitags täglich mit einem Lkw der Firma H. vom Firmengelände der Firma H. nach F. fuhr. Die Fahrten begannen jeweils gegen 18.30 Uhr und endeten gegen 22.00 Uhr bei der Firma V ... Dort wurde der Lkw von den Mitarbeitern der Firma V. entladen und wieder neu beladen. Gegen 02.30 Uhr fuhr der Beigeladene Ziffer 1 wieder zurück nach S. G., wo er gegen 06.00 Uhr morgens ankam und mit dem Lkw auf das Betriebsgelände der Firma H. fuhr. Dort überwachte er den Entladevorgang, der von Mitarbeitern der Firma H. vorgenommen wurde. Einen Arbeitnehmer beschäftigte der Beigeladene Ziffer 1 nicht. Auf dem von ihm gefahrenen Lkw war ein Werbeschriftzug für die Firma H. angebracht. Miete für das Fahrzeug musste er nicht entrichten. Der Beigeladene Ziffer 1 rechnete diese Fahrten mit dem Kläger ab, der seinerseits mit der Firma H. mit 360 DM zuzüglich Mehrwertsteuer abrechnete. Für jede Fahrt erhielt der Beigeladene Ziffer 1 nach seinen Buchungsunterlagen anfangs DM 220,-, ab dem 15. Juli 2000 DM 230,- und ab dem 4. November 2000 DM 240,- jeweils zuzüglich Umsatzsteuer. Die Abrechnung erfolgte wöchentlich. Fahrten, die insbesondere wegen Krankheit nicht durchgeführt werden konnten, wurden nicht gezahlt. Dies galt auch für die Urlaubsverhinderung. Ein schriftlicher Vertrag wurde zwischen dem Kläger und dem Beigeladenen Ziffer 1 nicht geschlossen. Der Beigeladene Ziffer 1 war für den Kläger bis zum Entzug seiner Fahrerlaubnis wegen einer Verkehrsstraftat im Juni 2002 tätig. Neben dieser Tätigkeit war der Beigeladene Ziffer 1 von Januar bis Mai 2000 für ca. 30 Stunden wöchentlich als Koch in R.-T. und von September 2000 bis Januar 2001 für ca. 15 Stunden wöchentlich als Schankwirt in S. G. tätig. Am 15. März 2001 meldete der Beigeladene Ziffer 1 rückwirkend zum 15. März 2000 ein Gewerbe als "Handelsvertretung sowie Dienstleistungen im Güterverkehr und im Gastronomiebereich" an, welches er am 7. Oktober 2002 zum 1. August 2002 abmeldete.

Anlässlich einer Zollkontrolle des Klägers am 19. Januar 2001, welche zu weiteren Ermittlungen auch im Hinblick auf eine mögliche Scheinselbstständigkeit des Beigeladenen Ziffer 1 führte, wurde ein strafrechtliches Ermittlungsverfahren gegen den Kläger und den Beigeladenen Ziffer 1 eingeleitet, welches zunächst zu einer Verurteilung beider wegen gemeinschaftlichen Betruges führte (Urteil des Amtsgerichts Schwäbisch Gmünd vom 6. März 2003 - 5 Ds 23 Js 9208/01 -). Durch Beschluss des Landgerichts Ellwangen vom 23. Juli 2003 wurde das Verfahren gegen den Kläger nach [§ 153 Abs. 2](#) Strafprozessordnung (StPO) eingestellt (4 Ns 23 Js 9208/01 ).

Die Beklagte führte deswegen am 19. März 2001 und 27. Juli 2001 bei dem Kläger eine Betriebsprüfung und im Anschluss daran das Anhörungsverfahren nach [§ 24](#) Zehntes Buch Sozialgesetzbuch (SGB X) durch. Der Kläger teilte hierauf mit, der Beigeladene Ziffer 1 habe sich ihm als selbstständiger Unternehmer angeboten und dabei auf seine weiteren Tätigkeiten als Koch und im Gastronomiebereich hingewiesen. Zur Bestätigung dessen legte er von der Firma A. L., F.- und W. GmbH ausgestellte Provisionsgutschriften des Beigeladenen Ziffer 1 vor, von denen die letzte auf den 5. August 1999 datiert war, und trug hierzu vor, der Beigeladene Ziffer 1 sei Anfang 2000 weiterhin für dieses Unternehmen tätig gewesen. Eine Weisungsbefugnis gegenüber dem Beigeladenen Ziffer 1 habe zu keinem Zeitpunkt bestanden.

Dieser sei auch nicht gehalten gewesen, seine Leistungen persönlich zu erbringen, sondern hätte gegebenenfalls einen für ihn tätigen anderen Fahrer einsetzen können. Außerdem sei der vom Beigeladenen Ziffer 1 genutzte Lkw von der Firma H. gestellt worden. Schließlich sei er nicht fahrlässig von einer selbstständigen Tätigkeit ausgegangen.

Mit Bescheid vom 3. Januar 2002 forderte die Beklagte daraufhin für den Prüfzeitraum vom 1. Januar 1997 bis 31. Mai 2001 14.821,85 EUR Gesamtsozialversicherungsbeiträge nach. Zur Begründung wurde ausgeführt, für die selbstständige Tätigkeit eines Frachtführers komme es entscheidend darauf an, dass weder Dauer noch Beginn und Ende der täglichen Arbeitszeit vorgeschrieben seien, dass die Auftragsannahme und -menge nicht geregelt sei und die - nicht nur theoretische - Möglichkeit bestehe, Transporte auch für weitere Kunden auf eigene Rechnung durchzuführen. Maßgeblich dabei sei die tatsächliche Ausgestaltung des entsprechenden Vertragsverhältnisses. Indizwirkung für eine selbstständige Tätigkeit habe weiter das Vorliegen einer Güternahverkehrserlaubnis. Dagegen komme einer Gewerbe-erlaubnis, die nicht den tatsächlichen Verhältnissen entspreche, keine rechtliche Gestaltungswirkung hinsichtlich der Statusbewertung zu. Für die seit März 2000 ausgeübte Tätigkeit des für den Kläger tätigen Beigeladenen Ziffer 1 als "Fahrer" bestehe die Rechtsvermutung des Vorliegens einer Beschäftigung gegen Arbeitsentgelt. Dieser führe täglich ca. 10 bis 11 Stunden (reine Fahrzeit ca. 7 bis 8 Stunden) für ihn Transporte auf einer vorgegebenen Route (S. G. bis F. und zurück) aus. Das Fahrzeug (Sattelzug) für diese Tour werde ihm von dem Kläger zur Verfügung gestellt. Aufgrund der vollzeitigen Auftragsausführung sei von einem Weisungsrecht gegenüber dem Beigeladenen Ziffer 1 auszugehen. Darüber hinaus könne nicht angenommen werden, dass der Beigeladene Ziffer 1 mit dem von ihm zur Verfügung gestellten Fahrzeug nach eigenem Gutdünken und nach eigener unternehmerischer Planung Transporte auch für weitere Kunden auf eigene Rechnung hätte durchführen können. Auch eine rückwirkende Gewerbeanmeldung habe deswegen keine Auswirkungen auf die Bewertung der Tätigkeit. Eine für die selbstständige Tätigkeit sprechende Güternahverkehrserlaubnis liege bei dem Beigeladenen Ziffer 1 nicht vor. Weiteres Indiz für die abhängige Beschäftigung sei, dass im Verhinderungsfall (Krankheit oder Urlaub) die Ersatzkräfte durch den Kläger gestellt und vergütet worden wären. Der Beigeladene Ziffer 1 habe selbst keine versicherungspflichtigen (auch nicht geringfügig) Arbeitnehmer beschäftigt. Der Beigeladene Ziffer 1 sei auch im wesentlichen für einen Auftraggeber tätig gewesen, da er mindestens 5/6 seiner gesamten Einkünfte aus der Tätigkeit für den Kläger erzielt habe. Die von ihm für die weiteren Tätigkeiten angegebenen Verdienste lägen nämlich deutlich unter dem erforderlichen Mindestlohn. Die Sozialversicherungspflicht trete auch rückwirkend mit dem Tag des Eintritts in das Beschäftigungsverhältnis ein, denn der Kläger sei grob fahrlässig von einer selbstständigen Tätigkeit ausgegangen, obwohl er dem Beigeladenen Ziffer 1 das Fahrzeug gestellt habe und auch die weiter angeführte Vertriebstätigkeit für eine Firma A. GmbH nach August 1999 nicht mehr durchgeführt worden wäre. Deswegen müssten Beiträge für den Zeitraum März 2000 bis Mai 2001 nachberechnet werden. Für den Zeitraum ab Juni 2001 sollten Sozialversicherungsbeiträge selbst abgeführt werden. Hinsichtlich des zugrunde gelegten Arbeitsentgelts, der Berechnung der Beiträge und der genauen Zusammensetzung der Forderung wird auf Anlage 1 zu dem Bescheid verwiesen.

Der dagegen eingelegte Widerspruch wurde nicht begründet. Die Beklagte wies den Widerspruch mit Widerspruchsbescheid vom 20. September 2002 mit der Begründung zurück, unter Berücksichtigung der vorgelegten Unterlagen (Ermittlungen des Hauptzollamtes Ulm, Rechnungen der Firma H. GmbH an die Firma J., Drittschuldnererklärung an das Hauptzollamt R., Auszug aus dem Rechnungswesen des Klägers, Gewerbeanmeldung, Fragebogen auf Feststellung des Sozialversicherungsrechtlichen Status des Beigeladenen Ziffer 1, Ergänzungsfragebogen zu weiteren selbstständigen Tätigkeiten) müsse davon ausgegangen werden, dass der Kläger den Beigeladenen Ziffer 1 abhängig beschäftigt habe. Die weiteren Tätigkeiten des Beigeladenen Ziffer 1 seien von untergeordneter Bedeutung gewesen bzw. würden nur in geringem Umfang ausgeübt. Diese seien bereits seit längerer Zeit beendet. Die Versicherungspflicht bestehe auch schon ab Beschäftigungsbeginn.

Mit seiner dagegen beim Sozialgericht Ulm (SG) erhobenen Klage hat der Kläger geltend gemacht, dass die Einstellung des Strafverfahrens gegen ihn erfolgt sei, da der dortige Vorsitzende der Auffassung gewesen sei, dass eine selbstständige Tätigkeit vorliege und daher eine objektive Tatbestandsverwirklichung ausscheide. Zum anderen sei er im Hinblick auf die Selbstständigkeit des Beigeladenen Ziffer 1 in gutem Glauben gewesen. Er habe auf dessen Angaben vertraut, er gehe noch einer weiteren selbstständigen Tätigkeit nach. Diese Angabe sei außerdem durch den Eingang einer Pfändungs- und Einziehungsverfügung des Hauptzollamtes Reutlingen, die ausdrücklich auch im Hinblick auf die Ansprüche aus der Tätigkeit des Beigeladenen als Subunternehmer erfolgt sei, bestätigt worden. Des Weiteren habe er nach der Betriebsprüfung unverzüglich reagiert und den Beigeladenen Ziffer 1 fortan bis zum Entzug der Fahrerlaubnis als Arbeitnehmer beschäftigt.

Nach Anhörung des Klägers und des Beigeladenen Ziffer 1 sowie Beiziehung der Strafverfahrensakten wies das SG die Klage mit Urteil vom 19. Januar 2005, dem klägerischen Bevollmächtigten zugestellt am 24. Januar 2005, mit der Begründung ab, die für die Beitragsprüfung und Nachforderung von Gesamtsozialversicherungsbeiträgen zuständige Beklagte habe zu Recht nach Durchführung der erforderlichen Anhörung die Verpflichtung des Klägers zur Zahlung des geltend gemachten Nachforderungsbetrages festgestellt. Denn der Beigeladene Ziffer 1 sei nach Abwägung aller Umstände nicht selbstständig gewesen. Zwar habe keine Pflicht zur persönlichen Leistungserbringung bestanden, so dass der Beigeladene Ziffer 1 bei Verhinderung einen Ersatzfahrer hätte stellen und diese Fahrt dann mit dem Kläger hätte abrechnen können. Diesem Umstand komme jedoch nur eine eingeschränkte Bedeutung zu, da er in dem streitbefangenen Zeitraum nur an ca. 21 Tagen verhindert gewesen wäre und auch die Namen der jeweiligen Ersatzkräfte nicht gekannt habe. Ein aktives Bemühen des Beigeladenen Ziffer 1 habe in Auswertung der Angaben in der mündlichen Verhandlung vor dem Sozialgericht bzw. der Hauptverhandlung vor dem Amtsgericht Schwäbisch Gmünd nicht stattgefunden. Sein Verhalten habe somit im wesentlichen dem eines normalen Arbeitnehmers entsprochen, der im Verhinderungsfall seinen Arbeitgeber benachrichtige und sich regelmäßig nicht um eine Ersatzkraft kümmern brauche. Dass die Beteiligten übereinstimmend von einer selbstständigen Tätigkeit ausgegangen wären, sei ebenfalls unbeachtlich. Seine weiteren Nebentätigkeiten hätten in keinem engeren Zusammenhang mit seiner Fahrertätigkeit gestanden, er sei vielmehr nur als Koch oder Schankwirt tätig gewesen. Deswegen könnten sie auch nicht als Argument für eine selbstständige Tätigkeit herangezogen werden. Dass der Beigeladene Ziffer 1 keinen bezahlten Urlaub und keine Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall erhalten habe, sei ebenfalls unbeachtlich, denn solche Ansprüche entstünden Kraft Gesetzes. Ebenso könne aus der vorgenommenen Gewerbe-Anmeldung nichts für eine selbstständige Tätigkeit abgeleitet werden, denn in diesem Zusammenhang erfolge keine behördliche Prüfung der Selbstständigkeit. Demgegenüber überwiegen die Umstände gegen das Vorliegen einer selbstständigen Tätigkeit. Der Beigeladene Ziffer 1 sei als Fahrer allein für den Kläger tätig gewesen. Über weitere Auftraggeber habe er nicht verfügt. Es sei auch zweifelhaft, ob die Firma H., die Eigentümer des vom Beigeladenen zu Ziffer 1 genutzten Lkws gewesen wäre, ihre Zustimmung dazu erteilt hätte, noch andere Waren anderer Auftraggeber mitzubefördern. Der Beigeladene Ziffer 1 habe auch keinen eigenen Lkw für die Fahrten genutzt und damit über keine wesentlichen eigenen Betriebsmittel verfügt. Ohne Bedeutung sei in diesem Zusammenhang, dass der genutzte Lkw auch nicht im

Eigentum des Klägers, sondern der Firma H. gestanden habe und nach Abschluss der Fahrten auf deren Betriebsgelände hätte abgestellt werden müssen. Denn der Kläger habe den Vertrag mit der Firma H. geschlossen, aufgrund dessen dem Beigeladenen Ziffer 1 die Fahrzeuge für die Fahrten zur Verfügung gestellt worden wären. Der Beigeladene Ziffer 1 sei weiter nicht unternehmerisch am Markt aufgetreten. Er habe keine Werbemaßnahmen für seine Fahrertätigkeit ergriffen. Er habe lediglich für seine Tätigkeit als Schankwirt geworben. Er habe keine Arbeitnehmer während seiner Tätigkeit beschäftigt und auch kein typisches unternehmerisches Risiko getragen. Die Belastung mit Risiken im Zusammenhang mit der Verwertung der Arbeitskraft spreche nur dann für eine Selbstständigkeit, wenn ihr auch eine größere Freiheit bei der Gestaltung und der Bestimmung des Umfangs des Einsatzes der eigenen Arbeitskraft gegenüber stehe. Hieran fehle es bei dem Beigeladenen Ziffer 1. Dafür spreche weiter, dass der Kläger bestätigt habe, dass er einen weiteren sozialversicherungspflichtigen Arbeitnehmer als Fahrer beschäftige. Allein aus dem Umstand, dass dieser Fernfahrten durchführe und nicht jeden Tag nach Hause komme, ergebe sich kein wesentlicher Unterschied zu der Tätigkeit des Beigeladenen Ziffer 1. Aus der Einstellung des Strafverfahrens könnten ebenfalls keine Schlussfolgerungen zugunsten des Klägers gezogen werden. Die Prüfung der Versicherungspflicht nach [§ 2 Satz 1 Nr. 9](#) Sechstes Buch Sozialgesetzbuch (SGB VI) setze vielmehr voraus, dass zunächst überhaupt eine selbstständige Tätigkeit vorliege. Die danach erforderliche Abgrenzung zur abhängigen Beschäftigung könne nur nach den allgemeinen Regeln erfolgen. Das Beschäftigungsverhältnis sei weiter auch versicherungspflichtig gewesen, da die erzielten Einkünfte des Beigeladenen Ziffer 1 stets erheblich über der Geringfügigkeitsgrenze gewesen wären. Die Versicherungspflicht sei damit mit der Aufnahme der Beschäftigung am 15. März 2000 eingetreten. Hiervon könne nur dann abgewichen werden, wenn der Beschäftigte oder sein Arbeitgeber weder vorsätzlich noch grob fahrlässig von einer selbstständigen Tätigkeit ausgegangen wären. Diese Voraussetzungen lägen bei dem Kläger nicht vor. Der Kläger habe sich auf die bloße Aussage des Beigeladenen, er sei bei mehreren Unternehmungen beschäftigt, nicht verlassen können, denn der Beigeladene Ziffer 1 habe über keine besondere Sachkunde zu dieser Frage verfügt. Insofern wäre es naheliegend gewesen, sachkundigen Rat bei einer anderen Stelle einzuholen, etwa bei einem Rechtsanwalt, Steuerberater oder der Krankenkasse. Dazu hätte auch schon deswegen besonderer Anlass bestanden, weil der für den Kläger tätige Fahrer W. S. für ihn als Arbeitnehmer tätig gewesen wäre und dabei eine im wesentlichen gleiche Tätigkeit ausgeübt habe. Der Kläger könne sich auch nicht mit Erfolg auf die Pfändungs- und Einziehungsverfügung des Hauptzollamtes R. berufen. Die Verfügung sei erst nachträglich erlassen worden. Auch aus der Auskunft der AOK S. G., die der Kläger im Strafverfahren vor dem Amtsgericht Schwäbisch Gmünd vorgelegt habe, sei nicht ersichtlich, dass diese geprüft habe, ob weitere, in den Versicherungsnachweisen nicht aufgeführte Beschäftigte für den Kläger tätig gewesen wären. Auch die Höhe des Nachforderungsbetrages sei unter Auswertung der Buchungsunterlagen des Klägers und Zugrundelegung des Arbeitsentgelts als Betrag, der an den Beigeladenen Ziffer 1 ohne Mehrwertsteuer im maßgebenden Zeitraum ausgezahlt worden wäre, zutreffend festgesetzt worden.

Mit seiner dagegen am 16. Februar 2005 eingelegten Berufung hat der Kläger geltend gemacht, er habe einer Entscheidung ohne mündliche Verhandlung nur deswegen zugestimmt, da er keine Kenntnis von dem personellen Wechsel der Vorsitzendenstelle gehabt habe und das Gericht bei der durchgeführten mündlichen Verhandlung hätte erkennen lassen, dass es die Erfolgsaussicht der Klage durchaus für gegeben erachte. In materieller Hinsicht sei das erstinstanzliche Gericht zu Unrecht davon ausgegangen, dass es sich bei dem Beigeladenen Ziffer 1 um einen Arbeitnehmer gehandelt habe. Insbesondere sei das Sozialgericht zu Unrecht davon ausgegangen, dass eine Pflicht zur persönlichen Leistungserbringung nicht bestehe. Bei Arbeitsverhältnissen dürfe aber der Arbeitnehmer auch nicht vorübergehend seine Arbeit durch betriebsfremde Personen leisten lassen. Zwischen ihm und dem Beigeladenen Ziffer 1 sei ausdrücklich vereinbart worden, dass im Falle einer persönlichen Verhinderung dieser berechtigt und verpflichtet sei, einen Ersatzfahrer zu stellen. Auch habe das Fahrzeug nicht ihm, sondern der Firma H. gehört. Schließlich habe der Beigeladene Ziffer 1 zu Beginn der vertraglichen Beziehungen eindeutig erklärt, als Selbstständiger arbeiten zu wollen und für seine Sozialversicherung selbst Sorge zu tragen. Unstreitig habe ihm weder bezahlter Urlaub noch Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall zugestanden. Auch habe er entsprechende Ansprüche zu keinem Zeitpunkt geltend gemacht. Einwendungen der Firma H. als Eigentümer des Lkw gegen eine Beförderung anderer Waren auf den Fahrten hätten nicht bestanden. Eine Einstellung eigener Arbeitgeber durch den Beigeladenen Ziffer 1 sei nur deswegen unterblieben, da die Auslastung einen weiteren Mitarbeiter nicht erfordert hätte. Auch er selbst habe seinen Betrieb zu Beginn der Tätigkeit als Spediteur als Ein-Mann-Firma geführt. Dass er ein typisches unternehmerisches Risiko getragen habe, sei bereits daraus ersichtlich, dass er nur für tatsächlich erbrachte Leistungen eine Vergütung erhalten habe.

Der Kläger beantragt,

das Urteil des Sozialgerichts Ulm vom 19. Januar 2005 sowie den Bescheid der Beklagten vom 3. Januar 2002 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 20. September 2002 aufzuheben.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie ist der Auffassung, dass die Entscheidung durch einen personell völlig neu besetzten Spruchkörper keine Verletzung der Vorschrift des [§ 129](#) Sozialgerichtsgesetz (SGG) darstelle. In materieller Hinsicht sei das erstinstanzliche Urteil zu Recht von einem abhängigen Beschäftigungsverhältnis des Beigeladenen Ziffer 1 beim Kläger ausgegangen. Das SG habe auch nur hilfsweise auf die Regelung des [§ 613 Satz 1](#) Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) Bezug genommen und sei im übrigen zutreffend davon ausgegangen, dass das Verhalten des Beigeladenen Ziffer 1 derjenigen eines normalen Arbeitnehmers entsprochen habe. Dass dieser zu Beginn der vertraglichen Beziehungen eindeutig erklärt habe, als Selbstständiger arbeiten zu wollen, sei ein ebenso schwaches Indiz für das Vorliegen einer selbstständigen Tätigkeit wie, dass er selbst verursachte Schäden oder angefallene Konventionalstrafen sowie Sozialversicherungsbeiträge selbstständig entrichtet habe. Im maßgeblichen Zeitraum sei auch keine weitere Tätigkeit für einen anderen Arbeitgeber erfolgt. Schließlich sei überzeugend begründet worden, dass grobe Fahrlässigkeit bei Aufnahme der Beschäftigung bestanden habe.

Mit Beschluss vom 30. März 2005 hat der Senat noch ergänzend die Pflegekasse zum Rechtsstreit notwendig beigeladen.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sachverhaltes und des Vorbringens der Beteiligten wird auf die Gerichtsakten erster und zweiter Instanz, die von der Beklagten vorgelegten Verwaltungsakten sowie die beigezogenen Strafakten 4 Ns 23 Js 9208/01 des Amtsgerichts Schwäbisch Gmünd Bezug genommen.

Entscheidungsgründe:

Die nach den [§§ 143, 151 Abs. 1 SGG](#) form- und fristgerecht eingelegte Berufung ist zulässig und insbesondere statthaft im Sinne des [§ 144 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 SGG](#), da die erforderliche Berufungssumme von 500,- EUR durch die geltend gemachte Forderung überschritten wird.

Die zulässige Berufung ist indessen unbegründet. Das SG hat die Klage zu Recht und mit zutreffender Begründung abgewiesen, weswegen der Senat ergänzend auf die Entscheidungsgründe nach [§ 153 Abs. 2 SGG](#) Bezug nimmt. Auch zur Überzeugung des Senats steht fest, dass der Beigeladene Ziffer 1 bei dem Kläger als Fahrer abhängig beschäftigt war und deswegen die für die Betriebsprüfung und die sich anlässlich dieser ergebenden Beitragsnachforderung feststellungs- und einzugsberechtigten Beklagten ([§ 28 p Abs. 1](#) Viertes Buch Sozialgesetzbuch - SGB IV) zu Recht Gesamtsozialversicherungsbeiträge für den hier maßgeblichen Zeitraum vom 15. März 2000 bis 31. Mai 2001 erhoben hat.

Zunächst beruht das Urteil nicht auf einem wesentlichen Verfahrensmangel im Sinne des [§ 159 Abs. 1 Nr. 2 SGG](#) mit der Folge, dass die Sache an das Sozialgericht zurückverwiesen werden kann. Der Kläger hat zwar geltend gemacht, dass ein Verstoß gegen [§ 129 SGG](#) vorliegen würde. Nach dieser Vorschrift kann das Urteil nur von den Richtern gefällt werden, die an der dem Urteil zugrunde liegenden mündlichen Verhandlung mitgewirkt haben. [§ 129 SGG](#) findet aber keine Anwendung, wenn - wie vorliegend - zunächst eine mündliche Verhandlung stattgefunden hat, das Verfahren jedoch dann in ein schriftliches übergeleitet wird, weil die Beteiligten das Einverständnis nach [§ 124 Abs. 2 SGG](#) erteilt haben (BSG, Urteil vom 21.01.1989, SozR Sich. 1989, 313). Denn die Entscheidung ergeht hier nicht aufgrund der mündlichen Verhandlung. Deswegen darf in diesen Fällen ein Richterwechsel stattfinden (vgl. auch Pawlak, in: Hennig u.a., Kommentar zum SGG, § 129 Rdnr. 8).

Das SG hat auch materiell-rechtlich zutreffend entschieden, dass der Beigeladene Ziffer 1 versicherungspflichtig beschäftigt war.

Personen, die gegen Arbeitsentgelt beschäftigt sind, unterliegen in der Kranken-, Pflege-, Renten- und Arbeitslosenversicherung der Versicherungspflicht ([§ 5 Abs. 1 Nr. 1 SGB V](#), [§ 20 Abs. 1 Nr. 1 SGB XI](#), [§ 25 Abs. 1 SGB III](#), [§ 1 Abs. 1 Nr. 1 SGB VI](#)). Beurteilungsmaßstab für das Vorliegen einer abhängigen Beschäftigung ist [§ 7 Abs. 1 SGB IV](#). Danach ist Beschäftigung die nichtselbstständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis.

Nach der ständigen Rechtsprechung des BSG setzt eine Beschäftigung 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, Art und Ort der Ausführung umfassenden Weisungsrecht des Arbeitgebers unterliegt. Demgegenüber ist eine selbstständige Tätigkeit vornehmlich durch das eigene Unternehmerrisiko, das Vorhandensein einer eigenen Betriebsstätte, die Verfügungsmöglichkeit über die eigene Arbeitskraft und die im wesentlichen frei gestaltete Tätigkeit und Arbeitszeit gekennzeichnet. Ob jemand abhängig beschäftigt oder selbstständig tätig ist, hängt davon ab, welche Merkmale überwiegen. Maßgebend ist stets das Gesamtbild der Arbeitsleistung. Weichen die Vereinbarungen von den tatsächlichen Verhältnissen ab, geben letztere den Ausschlag ([BSGE 45, 199](#), 200 ff. = SozR 2200 § 1227 Nr. 8; [SozR 3 - 2400 § 7 Nr. 13](#) S. 31 f.; [SozR 3 - 2400 § 7 Nr. 15](#), jeweils m. w. N.).

Ausgehend hiervon war die Beschäftigung des Beigeladenen Ziffer 1 bei dem Kläger als abhängige Tätigkeit einzustufen.

Auch für den Senat war insoweit maßgebend, dass der Beigeladene keinerlei unternehmerisches Risiko getragen hat, sondern vollständig in die Betriebsorganisation des Klägers eingegliedert war. Letzteres folgte bereits aus der Art und Weise der Tätigkeit bzw. dem dadurch festgelegten Arbeitsablauf. Dieser war dadurch gekennzeichnet, dass der Beigeladene Ziffer 1 ohne eigene Betriebsmittel, nämlich mit einem ihm von der Firma H. gestellten Lkw, zeitlich und örtlich festgelegte Touren in einem Umfang durchgeführt hat, die ihm eine anderweitige wirtschaftliche Tätigkeit nicht ermöglicht hätte. Der Senat legt hierbei die Angaben des Beigeladenen Ziffer 1 zugrunde, an deren Richtigkeit kein Zweifel besteht und die der Kläger im übrigen auch nicht angegriffen hat. Danach war dieser mindestens 7 Stunden nächtlich alleine mit der Fahrt beschäftigt. Dazu kommt noch das Aus- bzw. Beladen und erneute Ausladen des Lkw, so dass die von der Beklagten angenommene Zeit von durchschnittlich 11 Stunden eher eine für den Kläger günstige Schätzung der täglichen Arbeitszeit darstellen dürfte. Der Beigeladene Ziffer 1 hat über keine Betriebsmittel verfügt, die zur Betreibung eines selbstständigen Transportunternehmens erforderlich gewesen wären, sondern nur seine Arbeitskraft in einer von dem Kläger vorgegebenen Betriebsorganisation zur Verfügung gestellt und damit wie ein klassischer Arbeitnehmer, nämlich wie der vom Kläger fest angestellte S., gearbeitet. Dass der Beigeladene Ziffer 1 daneben noch von Januar bis Mai 2000 als Koch bzw. von September 2000 bis Januar 2001 als Schankwirt gearbeitet hat, steht der Feststellung, dass dieser im wesentlichen nur für einen Auftraggeber tätig war, ebenfalls nicht entgegen, denn diese Beschäftigungen waren sowohl von ihrem zeitlichen Umfang wie auch dem angegebenen Verdienst von deutlich untergeordneter Bedeutung gegenüber der Tätigkeit für den Kläger, mit der er sowohl zeitlich als auch finanziell seinen Lebensunterhalt bestritten hat. Der Beigeladene Ziffer 1 ist auch nicht gegenüber der S. H. GmbH als Subunternehmer aufgetreten. Dagegen spricht bereits die vorgegebene Abrechnungsweise, nämlich dass der Kläger den Auftrag direkt mit der Firma H. abgerechnet hat und dann der Beigeladene Ziffer 1 seine durch ihn aufgewandten Stunden abgerechnet hat. Eine direkte Vertragsbeziehung zwischen der S. H. GmbH und dem Beigeladenen Ziffer 1 hat daher nicht bestanden.

Dass es an einer Fortzahlung des Arbeitslohnes für Zeiten des Urlaubs oder Krankheit fehlt, ist eher typisch bei Scheinselbstständigkeit, die Arbeitnehmerrechte wie die Lohnfortzahlung im Krankheitsfall oder Ansprüche nach dem Bundesurlaubsgesetz und nicht zuletzt die Beitragszahlung zur Sozialversicherung umgehen soll. Dem Arbeitnehmer werden dadurch sämtliche Schutzmöglichkeiten genommen, ohne dass dies im Ergebnis durch unternehmerische Rechte oder gar Gewinne kompensiert wird. Das gilt ebenso von dem Umstand, dass der Beigeladene Ziffer 1 an 21 Tagen Ersatzfahrer beschäftigt haben will. Dass dies von untergeordneter Bedeutung ist, hat das SG zutreffend gewürdigt. In dem Zusammenhang kommt es auch nicht darauf an, ob die Beteiligten übereinstimmend davon ausgegangen sind, eine selbstständige Tätigkeit zu begründen und das Beschäftigungsverhältnis in der Folgezeit auch formal so abgewickelt wurde, nämlich der Beigeladene Ziffer 1 jeweils seine Stunden gegenüber dem Kläger abrechnete, dieser eine Vergütung zuzüglich der Umsatzsteuer gewährte und sich der Beigeladene Ziffer 1 privat krankenversicherte. Insofern kommt es allein auf die tatsächlichen Verhältnisse des Vertragsverhältnisses an, die - wie oben aufgeführt - eindeutig eine abhängige Beschäftigung des Beigeladenen Ziffer 1 bei dem Kläger in dem Streit befangenen Zeitraum belegen. Deswegen bedurfte es der Vernehmung der Mutter des Klägers als Zeugin nicht. Der Senat konnte als wahr unterstellen, dass Kläger und Beigeladener Ziffer 1 übereinstimmend eine selbstständige Tätigkeit begründen wollten, was

aber rechtlich irrelevant ist.

Schließlich ist auch der Senat zu der Überzeugung gelangt, dass dem Kläger der Vorwurf der groben Fahrlässigkeit gemacht werden kann, so dass nach [§ 7 b SGB IV](#) Beitragspflicht bereits mit Aufnahme der Beschäftigung am 15. März 2000 besteht. Ein Arbeitgeber handelt vor allem dann vorsätzlich, wenn für vergleichbare Vertragsverhältnisse von einem Versicherungsträger bereits ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis festgestellt oder im Rahmen einer Lohnsteuerverprüfung vom Bestehen eines Arbeitsverhältnisses ausgegangen wurde. Vorsatz liegt auch dann vor, wenn der Arbeitgeber Versicherungs- und Beitragspflicht für möglich hielt, das Nichtentrichten von Beiträgen aber billigend in Kauf genommen hat. Grob fahrlässig ist ein Verhalten, wenn deutliche Hinweise auf ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis vorliegen, insbesondere sich die Tätigkeit von der eines Arbeitnehmers nicht oder nicht nennenswert unterscheidet, die Vertragsparteien es aber unterlassen haben, eine Klärung - etwa durch ein Anfrageverfahren nach [§ 7 a SGB IV](#) - herbeizuführen (vgl. Baier, in: Krauskopf, Soziale Kranken- und Pflegeversicherung, [§ 7 b SGB IV](#) Rdnr. 8). Dass dem Kläger zumindest der Vorwurf der groben Fahrlässigkeit gemacht werden kann, ist vorliegend allein schon deshalb begründet, weil er seinen Fahrer W. S., der im Unterschied zu dem Beigeladenen Ziffer 1 lediglich Fernfahrten durchgeführt hat, zutreffend als Arbeitnehmer angemeldet hat, demzufolge zu einer zutreffenden Würdigung durchaus in der Lage ist. Insofern hätte sich ihm nämlich aufdrängen müssen, dass beide Kraftfahrtstätigkeiten als abhängige Beschäftigung einzustufen sind. Dem steht auch nicht entgegen, dass ihm der Beigeladene Ziffer 1 mitgeteilt hat, dass er noch für weitere Auftraggeber tätig sei. Ungeachtet dessen, dass dem Kläger bekannt war, dass es sich insoweit um andere Tätigkeiten als die eines Fahrers gehandelt hat, hätte ihm schon bereits aufgrund des Umfangs der für ihn entfalteteten Tätigkeit von mindestens 11 Stunden täglich einleuchten müssen, dass daneben eine weitere selbstständige Tätigkeit für andere Auftraggeber in einem wesentlichen Umfang nicht möglich ist. Des Weiteren lassen sich weder aus der Pfändungs- und Einziehungsverfügung des Hauptzollamtes Reutlingen noch aus dem Schreiben der AOK S. G. irgendwelche Schlussfolgerungen der Form ziehen, dass der Kläger darauf vertrauen durfte, dass der Beigeladene Ziffer 1 bei ihm als Selbstständiger tätig ist.

Die Beklagte ist daher zutreffend davon ausgegangen, dass der Kläger bereits ab Beschäftigungsbeginn und damit für die Zeit vom 15. März 2000 bis 31. Mai 2001 Gesamtsozialversicherungsbeiträge in Höhe von 14.821,85 EUR nach zu entrichten hat.

Die Berufung ist daher zurückzuweisen, wobei die Kostenentscheidung auf [§ 197 a Abs. 1 Satz 1 SGG](#) i. V. m. [§ 154 Abs. 1 VwGO](#) beruht.

Bei der Streitwertfestsetzung hat sich der Senat auf [§ 197 a SGG](#) i. V. m. [§§ 3, 52 Abs. 3](#) Gerichtskostengesetz (GKG) gestützt. Bei dem Rechtsstreit geht es um eine bezifferte Forderung. Diese bestimmt das wirtschaftliche Interesse.

Gründe für die Zulassung der Revision liegen nicht vor.

Rechtskraft

Aus

Login

BWB

Saved

2008-03-13