

L 11 R 2513/06

Land
Baden-Württemberg
Sozialgericht
LSG Baden-Württemberg
Sachgebiet
Rentenversicherung
Abteilung
11
1. Instanz
SG Stuttgart (BWB)
Aktenzeichen
S 11 R 4169/02
Datum
15.03.2006
2. Instanz
LSG Baden-Württemberg
Aktenzeichen
L 11 R 2513/06
Datum
03.06.2008
3. Instanz
Bundessozialgericht
Aktenzeichen
-

Datum
-

Kategorie
Urteil

Auf die Berufung des Klägers wird das Urteil des Sozialgerichts Stuttgart vom 15. März 2006 aufgehoben, der Bescheid der Beklagten vom 22. August 2001 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 25. Juli 2002 abgeändert und die Beklagte verurteilt, für die Beschäftigung des Klägers bei der G. G.- u. M. GmbH die Zeit vom 1. Januar bis 15. Dezember 1999 und ein sozialversicherungspflichtiges Entgelt von monatlich 7.000,- DM (netto) festzustellen.

Im Übrigen wird die Berufung zurückgewiesen.

Die Beklagte hat dem Kläger ein Drittel der außergerichtlichen Kosten in beiden Rechtszügen zu erstatten.

Tatbestand:

Der Kläger begehrt die Feststellung einer längeren Beschäftigungszeit mit höheren beitragspflichtigen Entgelten.

Der 1951 geborene Kläger war seit 1. Januar 1999 für die G. G.- u. M. GmbH (nachfolgend: GmbH) tätig. Im Januar 2001 wandte er sich an die Beklagte (damals: L. B.-W.) und bat um sozialversicherungsrechtliche Prüfung dieser Tätigkeit. Er gab an, am 31. Dezember 1998 mit dem Geschäftsführer der GmbH, W. G., mündlich einen Arbeitsvertrag geschlossen zu haben, wonach er (der Kläger) sich ab 1. Januar 1999 um die rechtzeitige Bezahlung des gesamten Einkaufs mit Skonto zu kümmern habe. Vereinbarung worden sei ein Gehalt von jährlich 177.000 DM und eine Erfolgsprämie von jährlich mindestens 75.000 DM sowie Urlaub und sonstige übliche Leistungen. Auf das Gehalt solle monatlich eine Anzahlung von zunächst 8.500 DM erfolgen. Einen schriftlichen Arbeitsvertrag habe er wiederholt angemahnt, aber nie erhalten. Ab 29. Oktober 1999 sei er arbeitsunfähig krank gewesen bzw. habe den ihm noch zustehenden Urlaub verbraucht. Das Beschäftigungsverhältnis sei nie gekündigt worden und habe erst mit Ende des 16. Februar 2000 geendet. Zum 4. Februar 2000 habe er sich arbeitslos gemeldet.

Die Beklagte führte bei der GmbH eine Betriebsprüfung für den Prüfungszeitraum 1. Januar 1997 bis 31. Dezember 2000 durch. W. G. teilte der Beklagten mit, der Kläger sei nicht als Beschäftigter, sondern in der Zeit vom 1. Januar bis 29. Oktober 1999 als freier Mitarbeiter bei der GmbH tätig gewesen. Abgerechnet worden seien insgesamt 70.000 DM, welche durch sechs Akonto-Zahlungen in Höhe von jeweils 8.500 DM und zwei Scheckzahlungen über 10.000 DM bzw. 9.000 DM ausgeglichen worden seien. Vorgelegt wurde die Kopie eines Schreibens von W. G. an den Kläger vom 29. Oktober 1999, wonach dieser für seine "freie Tätigkeit in der Zeit vom 04.01.99 bis 29.10.1999" eine Gutschrift in Höhe von 70.000 DM (60.344,83 DM + MwSt. in Höhe von 9.655,17 DM) erhalte. Abzüglich bereits erhaltener Akontozahlungen (sechs mal 8.500 DM) verbleibe ein offener Betrag in Höhe von 19.000 DM, der in den nächsten Tagen gutgeschrieben werde. Das Schreiben enthält zwei handschriftliche Vermerke über die beiden Scheckzahlungen (25. November und 17. Dezember 1999). Wegen der Einzelheiten wird auf Aktenseite 153 bis 157 der Verwaltungsakten der Beklagten verwiesen. Lohnabrechnungen wurden von der GmbH über den Kläger nicht ausgestellt; es wurden auch keine Arbeitsentgelte an die Einzugsstelle gemeldet. Sonstige Unterlagen über den Kläger waren bei der GmbH und sind bei deren Insolvenzverwaltern sowie bei W. G. nicht mehr vorhanden. W. G. ließ gegenüber der Beklagten mit Anwaltsschreiben vom 11. Juli 2001 erklären, der Kläger sei lediglich als freier Mitarbeiter im Zeitraum 1. Januar bis 31. Oktober 1999 beschäftigt gewesen.

Mit Beschluss des Amtsgerichts O. a. M. vom 7. Februar 2001 wurde über die GmbH das Insolvenzverfahren eröffnet.

Die Beklagte stellte gegenüber dem damaligen, zwischenzeitlich verstorbenen Insolvenzverwalter der GmbH mit Bescheid vom 20. August 2001 und gegenüber dem Kläger mit Bescheid vom 22. August 2001 fest, dass der Kläger in der Zeit vom 1. Januar bis 31. Oktober 1999 bei der GmbH abhängig beschäftigt gewesen sei. Der Nachberechnung der Sozialversicherungsbeiträge sei ein Entgelt in Höhe von 60.344,83 DM zu Grunde zu legen. Gegenüber der GmbH wurde mit Teilbescheid vom 22. August 2001 eine Beitragsnachforderung von insgesamt

24.705,24 DM (entspricht 12.631,59 EUR) festgestellt.

Der Kläger legte gegen den Bescheid vom 22. August 2001 Widerspruch ein und machte ein höheres Arbeitsentgelt sowie eine längere Beschäftigungsdauer entsprechend seiner früheren Angaben geltend. Die Beklagte wies den Widerspruch mit Widerspruchsbescheid vom 25. Juli 2002 zurück. Für die Berechnung der Sozialversicherungsbeiträge seien die zugeflossenen Arbeitsentgelte, denen auch eine tatsächliche Arbeitsleistung zugrunde gelegen habe, anzuerkennen.

Der Kläger hat hiergegen am 22. August 2002 Klage bei dem Sozialgericht Stuttgart (SG) erhoben und seine Angaben eidesstattlich versichert.

Das SG hat die GmbH zum Verfahren beigeladen (Beschluss vom 5. Dezember 2002) und die Klage mit Urteil vom 15. März 2006 abgewiesen. Der Kläger sei nur im Zeitraum Januar bis Oktober 1999 für die GmbH tätig gewesen. Welche Abreden zwischen den Beteiligten über die Dauer des Arbeitsverhältnisses getroffen worden seien, lasse sich nicht feststellen. Es sei daher grundsätzlich nicht zu beanstanden, dass die Beklagte den Zeitraum zugrunde gelegt habe, in dem nachgewiesenermaßen ein Leistungsaustausch Arbeit gegen Geld erfolgt sei. Die Höhe des festgestellten Entgeltes entspreche den Angaben aus dem Schreiben der GmbH vom 29. Oktober 1999, wobei die Mehrwertsteuer nicht zum beitragspflichtigen Arbeitsentgelt gehöre. Die Angaben des Klägers über eine höhere vereinbarte Vergütung seien nicht belegt. Der Kläger müsse sich fragen lassen, warum er nicht arbeitsgerichtlich gegen die GmbH vorgegangen sei, um Ansprüche auf Lohnfortzahlung im Krankheitsfall oder bezahlten Urlaub bzw. die Zahlung des (angeblich) vereinbarten höheren Arbeitsentgelts durchzusetzen.

Der Kläger hat gegen das ihm am 19. April 2006 zugestellte Urteil am 15. Mai 2006 Berufung eingelegt. Zur Begründung wiederholt und vertieft er seine bisherigen Angaben. Zwischen ihm und der GmbH sei ein Arbeitsverhältnis, keine bloße freiberufliche Tätigkeit vereinbart worden. Dieses Arbeitsverhältnis sei auch nie gekündigt worden. Nicht er sei beweispflichtig, sondern die Beklagte und das Gericht unterlägen dem Amtsermittlungsgrundsatz. Ein monatliches Entgelt von mindestens 8.500 DM folge schon aus dem Schreiben vom 29. Oktober 1999. W. G. habe seine Lohnsteuerkarte von ihm am 31. Dezember 1999 erhalten. Einen anderen Beschäftigten (ein "Herr P.") habe man damals nach erfolgter anwaltlicher Beratung zwischen der GmbH und der Glaserei G. "aufteilen" müssen, um eine Scheinselbstständigkeit zu vermeiden, während dies bei ihm, als Arbeitnehmer, nicht notwendig gewesen sei. Die ihm (dem Kläger) tatsächlich überwiesene Summe könne nur das Nettogehalt sein und müsse auf einen Bruttobetrag hochgerechnet werden. Die gesetzlichen Abzüge müssten Berücksichtigung finden, denn kein Arbeitgeber zahle mehr aus, als er dem Beschäftigten schulde. Auch gegenüber der damaligen Mitarbeiterin der GmbH, Frau S., sei immer nur von einem Arbeitsverhältnis mit ihm die Rede gewesen. Er habe auch keine "Rechnungen" an die GmbH gestellt, wie die Beklagte behauptet habe. Der Kläger hat weiterhin beantragt, den Prüfbereichsleiter der Bundesversicherungsanstalt für Angestellte S., Herrn M., als Zeugen zu hören, da dieser ihm (dem Kläger) gegenüber erklärt habe, es liege ein Arbeitsverhältnis und keine freiberufliche Tätigkeit vor.

Der Kläger beantragt (sinngemäß),

das Urteil des Sozialgerichts Stuttgart vom 15. März 2006 aufzuheben, den Bescheid der Beklagten vom 22. August 2001 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 25. Juli 2002 abzuändern und die Beklagte zu verurteilen, für seine Beschäftigung bei der G. G.- u. M. GmbH die Beschäftigungszeit vom 1. Januar 1999 bis 16. Februar 2000 und ein sozialversicherungspflichtiges Entgelt von mindestens 8.500 DM (netto) monatlich festzustellen.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie hält die angefochtene Entscheidung für zutreffend.

Mit Beschluss des Amtsgerichts O. a. M. vom 22. September 2006 ist das Insolvenzverfahren über die GmbH mangels Masse aufgehoben worden.

Der Kläger hat Kopien ärztlicher Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen (Feststellung der Arbeitsunfähigkeit vom 15. März 1999 bis voraussichtlich 26. März 1999 und Feststellungen der Arbeitsunfähigkeit ab 29. Oktober 1999) vorgelegt, weiterhin die Kopie seines Einkommensteuerbescheides für 1999, in dem ein Bruttolohn in Höhe von 70.000 DM zu Grunde gelegt wurde. Er hat außerdem die Kopie eines Schreibens von W. G. vom 3. November 1999 vorgelegt (AS 34 der Senatsakten). Darin teilte dieser dem Kläger mit, sich nach einem Gespräch am 28. Oktober 1999 entschieden zu haben, die Zusammenarbeit mit dem Kläger zum 31. Oktober 1999 zu beenden. Nach Ansicht des Klägers könne darin keine arbeitsrechtlich wirksame Kündigung gesehen werden, da der entsprechende (Bezugs-)Vertrag nicht genannt sei, das Schreiben nicht selbst von W.G. unterschrieben, ihm nur eine Kopie und nicht das Originalschreiben übergeben und eine Kündigungsfrist von sechs Monaten vereinbart worden sei. Der Kläger hat die Kopie eines handschriftlichen Zettels, der die Worte "Abr. Hr. F." sowie die Berechnung 76.500 DM (für "1.-9.99") bz. 6 mal 51.000 DM, damit 25.500 DM (Aktenseite 21 der Senatsakten) enthält, vorgelegt, sowie die Kopie einer schriftlichen Berechnung (Aktenseite 35 der Senatsakten), die von Frau S. stammen soll und nach Angabe des Klägers belegt, dass er bei einer freiberuflichen Tätigkeit für die GmbH aufgrund seiner Qualifikation einen höheren Verdienst hätte verlangen können. Weiterhin hat der Kläger die Kopie einer Stechkarte vom Monat Oktober 1999 (Aktenseite 75 der Senatsakten) vorgelegt. Schließlich hat der Kläger weitere "Kopien von entscheidungserheblichen Unterlagen" (Aktenseiten 88 bis 94 der Senatsakten) übermittelt.

Der Sach- und Streitstand ist mit den Beteiligten am 11. Juli 2007 - von der Berichterstatterin des damals das Verfahren betreibenden 9. Senats - und am 19. Dezember 2007 - vom Berichterstatter des hier entscheidenden Senats - erörtert worden. Im Termin vom 19. Dezember 2007 ist W. G. als Vertreter der (damals beigeladenen) GmbH befragt worden. Dieser hat bestätigt, mit dem Kläger über die Einzelheiten der Tätigkeit gesprochen zu haben, hat sich aber nicht mehr daran erinnern können, ob und mit welchem Inhalt eine vertragliche Vereinbarung zustande gekommen sei. Die Beklagte hat anerkannt, dass für die sozialversicherungsrechtliche Beschäftigung des Klägers im Zeitraum 1. Januar bis 31. Oktober 1999 ein monatliches Arbeitsentgelt von 7.000 DM zu Grunde zu legen sei. Der Kläger hat dieses Teilanerkennnis angenommen, aber weiterhin die Ansicht vertreten, sein monatliches Arbeitsentgelt sei deutlich höher gewesen und sein

Beschäftigungsverhältnis habe auch bis Ende Februar 2000 angedauert. Wegen der Einzelheiten wird auf die Niederschriften der beiden Erörterungstermine verwiesen.

Durch Verfügung vom 21. Dezember 2007 ist die GmbH wegen Vermögenslosigkeit aus dem Handelsregister gelöscht worden. Mit Beschluss vom 24. Januar 2008 ist die Beiladung der GmbH aufgehoben worden.

Ablehnungsgesuche des Klägers gegen den Vorsitzenden Richter am Landessozialgericht F. und den Richter am Landessozialgericht Dr. R. sind abgewiesen worden (Beschlüsse vom 18. Februar und vom 21. Februar 2008).

Auf einen entsprechenden Hinweis des Klägers hat die Beklagte dem Senat weitere, nach Abschluss des erstinstanzlichen Verfahrens versehentlich in einem Depot abgelegte Verwaltungsakten vorgelegt und erklärt, weitere Unterlagen lägen ihr nicht vor. Der Kläger hat hierzu vorgetragen, die Verwaltungs- und Gerichtsakten seien zu seinen Lasten manipuliert worden, so würden in den Akten des SG die Seiten 76 und 77 fehlen. Richter am Sozialgericht V., die als Vorsitzende am Urteil vom 15. März 2006 mitgewirkt hat, hat hierzu in einer dienstlichen Stellungnahme erklärt, sie habe keine Erklärung hierzu, warum die Seiten fehlen würden und wisse auch inhaltlich nicht, was dort fehlen könne.

Am 15. Mai 2008 hat der Kläger auf der Geschäftsstelle Einsicht in die Verwaltungsakten genommen. Anträge des Klägers auf Vertagung der mündlichen Verhandlung sind mit Verfügungen der Vorsitzenden des Senats (Schreiben vom 28. und vom 30. Mai 2008) bzw. mit Beschluss des Senats in der mündlichen Verhandlung vom 3. Juni 2008 abgelehnt worden.

In der mündlichen Verhandlung vom 3. Juni 2008, zu der der Kläger nicht erschienen ist, hat die Beklagte erklärt, es gebe keine weiteren Verwaltungsakten. W. G. ist als Zeuge gehört worden. Er hat erklärt, der Kläger sei als freier Mitarbeiter auf Provisionsbasis beschäftigt gewesen. Er glaube sich zu erinnern, das monatliche Entgelt habe 7.000 bis 7.500 DM betragen. Das Schreiben vom 3. November 1999 trage seine Unterschrift. Er habe die Zusammenarbeit mit dem Kläger beenden wollen. Die (nach Beendigung der Beschäftigung erstellte) Abrechnung des Klägers (Blatt 92 der Senatsakten) könne er sich nicht erklären. Wegen der Einzelheiten der Vernehmung wird auf die Niederschrift zur mündlichen Verhandlung verwiesen. Die Beklagte hat weiterhin eine Beschäftigungszeit des Klägers bis 15. Dezember 1999 unter Zugrundelegung eines monatlichen Verdienstes von 7.000 DM anerkannt,

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sachverhalts und des Vorbringens der Beteiligten wird auf deren Schriftsätze sowie die Akten der Beklagten (eine Aktenmappe, ein Schnellhefter, ein Aktenordner), des Sozialgerichts und des Senats Bezug genommen.

Entscheidungsgründe:

Die gemäß [§§ 143, 144, 151](#) Sozialgerichtsgesetz (SGG) zulässige Berufung des Klägers ist im ausgesprochenen Umfang begründet. Insoweit hat das SG die Klage zu Unrecht abgewiesen.

Die Aufhebung der Beiladung ([§ 75 SGG](#)) der GmbH ist erfolgt, nachdem das Insolvenzverfahren beendet, die GmbH wegen Vermögenslosigkeit aus dem Handelsregister gelöscht ([§ 141a](#) des Gesetzes über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit - FGG) und damit aufgelöst (§ 60 Abs. 1 Nr. 7 Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung - GmbHG) worden ist und auch sonst keine Nachfolgeaktivitäten der ehemaligen Gesellschafter erkennbar sind.

Der Senat hat in der Sache entscheiden können, obwohl der Kläger nicht zur mündlichen Verhandlung erschienen ist, denn ihm wurde Ort und Zeit der mündlichen Verhandlung mitgeteilt ([§ 110 Abs. 1 Satz 1 SGG](#)), ebenso wie der Umstand, dass auch ohne seine Anwesenheit entschieden werden kann. Die Anträge des Klägers auf Vertagung des Termins sind von der Vorsitzenden vor der mündlichen Verhandlung durch zwei Verfügungen bzw. vom Senat in der mündlichen Verhandlung durch Beschluss abgelehnt worden, da kein erheblicher Grund vorgelegen hat ([§ 202 SGG](#) i.V.m. [§ 227 Abs. 1 Satz 1](#) Zivilprozessordnung [ZPO]). Erheblicher Grund ist nicht das Ausbleiben eines Beteiligten oder seine Ankündigung, nicht zu erscheinen, wenn nicht das Gericht dafür hält, dass der Beteiligte ohne sein Verschulden am Erscheinen verhindert war ([§ 227 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 ZPO](#)). Die vom Kläger in seinem Antrag vom 28. Mai 2008 genannten kollidierenden Termine hätte er zeitlich einhalten können (Notartermin) bzw. verlegen lassen können (Amtsgericht). Zumindest hat der Kläger nicht glaubhaft gemacht, dass dies nicht möglich gewesen ist. Erheblicher Grund ist auch nicht die mangelnde Vorbereitung eines Beteiligten, wenn dieser dies nicht genügend entschuldigt ([§ 227 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 ZPO](#)). Der Kläger hat im Berufungsverfahren ausreichend Gelegenheit gehabt, in die Verwaltungsakten der Beklagten Einsicht zu nehmen ([§ 120 Abs. 1 SGG](#)), nachdem die Beklagte weitere Akten zum 4. April 2008 übersandt, der Senat dies dem Kläger mit Schreiben vom 8. April 2008 mitgeteilt und er auch am 15. Mai 2008 auf der Geschäftsstelle Akteneinsicht genommen hat. Von daher musste dem im Telefax vom 3. Juni 2008 gestellten Antrag auf weitere Akteneinsicht nicht entsprochen werden. Soweit der Kläger Akteneinsicht in weitere, dem Senat nicht vorgelegte Verwaltungsakten beantragt hat, war dem schon deswegen nicht zu entsprechen, weil bei der Beklagten nach den Angaben ihres Vertreters in der mündlichen Verhandlung keine weiteren Akten mehr vorhanden sind. Entsprechendes gilt für die vom Kläger beantragte Einsicht in die Akten des SG nach der vom Kläger verlangten Ergänzung um zwei fehlende Seiten, da diese Seiten nicht ergänzt worden sind.

Streitgegenstand ist der Bescheid der Beklagten vom 22. August 2001 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 25. Juli 2002. Durch das Teilanerkennnis der Beklagten im Erörterungstermin vom 19. Dezember 2007, das der Kläger angenommen hat, steht fest, dass die von der Beklagten zunächst in Abzug genommene Mehrwertsteuer Teil des maßgeblichen Arbeitsentgelts war, damit monatlich 7.000 DM zu berücksichtigen sind. Insoweit ist der Rechtsstreit erledigt ([§ 101 Abs. 2 SGG](#)).

Durch das weitere Teilanerkennnis der Beklagten in der mündlichen Verhandlung vom 3. Juni 2008 steht fest, dass der Kläger bis 15. Dezember 1999 bei der GmbH beschäftigt war. Da der Kläger dieses Teilanerkennnis nicht angenommen hat - er ist in der mündlichen Verhandlung nicht zugegen gewesen - ist die Beklagte nach dem Inhalt des Anerkenntnisurteils zu verurteilen (vgl. Bundessozialgericht [BSG], Urteil vom 12. Juli 1988, [4/11a RA 16/87](#), [SozR 6580 Art. 5 Nr. 4](#)). Insoweit ergeht das Urteil als Anerkenntnisurteil ([§ 202 SGG](#) i. V.m. [§§ 307, 313b Abs. 1 Satz 2 ZPO](#)).

Im Übrigen hat das Begehren des Klägers keinen Erfolg. Es ist kein sozialversicherungspflichtiges Arbeitsentgelt für einen längeren

Beschäftigungszeitraum bei der GmbH und kein höheres Arbeitsentgelt festzustellen.

Nach [§ 28p Abs. 1](#) Viertes Buch Sozialgesetzbuch (SGB IV) prüfen die Träger der Rentenversicherung bei den Arbeitgebern, ob diese ihre Meldepflicht und ihre sonstigen Pflichten nach dem SGB IV, die im Zusammenhang mit dem Gesamtsozialversicherungsbeitrag stehen, ordnungsgemäß erfüllen. Sie prüfen dabei insbesondere die Richtigkeit der Beitragszahlungen und die Meldungen nach [§ 28a SGB IV](#) wenigstens alle vier Jahre. Im Rahmen dieser Überprüfung erlassen sie nach [§ 28p Abs. 1 Satz 5 SGB IV](#) Verwaltungsakte zur Versicherungspflicht und Beitragshöhe in der Kranken-, Pflege- und Rentenversicherung sowie nach dem Recht der Arbeitsförderung einschließlich der Widerspruchsbescheide gegenüber den Arbeitgebern. [§ 28p Abs. 9 SGB IV](#) enthält eine Verordnungsermächtigung. Nach dessen Nr. 2 bestimmt das Bundesministerium für Arbeit und Sozialordnung (so die Fassung zum Zeitpunkt des Erlasses des angefochtenen Bescheides; heute: Bundesministerium für Arbeit und Soziales) im Einvernehmen mit dem Bundesministerium für Gesundheit durch Rechtsverordnung mit Zustimmung des Bundesrats das Nähere über die Durchführung der Prüfung sowie die Behebung von Mängeln, die bei der Prüfung festgestellt worden sind. Von dieser Verordnungsermächtigung hat das Bundesministerium Gebrauch gemacht und die Verordnung über die Durchführung der Beitragsüberwachung und die Auskunfts- und Vorlagepflichten - Beitragsüberwachungsverordnung (BÜVO) in der Fassung der Bekanntmachung vom 28. Juli 1997 ([BGBl. I, S. 1930](#)) erlassen, die mit Wirkung vom 1. Juli 2006 durch die Verordnung über die Berechnung, Zahlung, Weiterleitung, Abrechnung und Prüfung des Gesamtsozialversicherungsbeitrages (Beitragsverfahrensverordnung - BVV) vom 3. Mai 2006 ([BGBl. I, S. 1138](#)) ersetzt und durch deren § 15 außer Kraft gesetzt worden, in dem hier maßgeblichen Zeitraum jedoch noch anzuwenden ist.

Die Prüfung nach [§ 28p SGB IV](#) zielt darauf ab, die Erfüllung der Arbeitgeberpflichten nach [§§ 28a ff. SGB IV](#) zu kontrollieren. Demgegenüber zielt sie nicht originär auf die Überprüfung der einzelnen Beschäftigungsverhältnisse ab (BSG, Urteil vom 29. Juli 2003, [B 12 AL 1/02 R](#), [SozR 4-2400 § 27 Nr. 1](#), auch zum Nachfolgenden). Die Interessen der Versicherten liegen ebenso wie die Sicherung der Beitragsentrichtung zu den einzelnen Zweigen der Sozialversicherung nur mittelbar im Blickwinkel dieses Überprüfungsverfahrens. Für die Überprüfung des einzelnen Beschäftigungsverhältnisses regelt [§ 28a SGB IV](#) die Zuständigkeit der Einzugsstellen. Ihnen obliegt die originäre Überprüfung der Versicherungspflicht im Einzelfall gemäß [§ 28h Abs. 2 SGB IV](#). Hier geht es um die Beurteilung des einzelnen Beschäftigungsverhältnisses, nicht dagegen um die Frage, ob der Arbeitgeber seine Pflichten erfüllt hat. Diese Abgrenzung ergibt sich aus dem Wortlaut des [§ 28p Abs. 1 Satz 1 SGB IV](#), in dem die Meldepflicht und sonstigen Pflichten der Arbeitgeber sowie "insbesondere" die Richtigkeit der Beitragszahlungen und der Meldungen als Prüfungsgegenstand vorgesehen ist.

Ob der Rentenversicherungsträger im Rahmen einer Prüfung nach [§ 28p SGB IV](#) die Beitragshöhe auch gegenüber dem Arbeitnehmer selbst feststellen kann, hat das BSG bisher offen gelassen (so BSG, Urteil vom 23. September 2003, [B 12 RA 3/02 R](#), [SozR 4-2400 § 28h Nr. 1](#)). Aus dem Umstand, dass eine solche Feststellung in § 28p SGB IV oder der BÜVO nicht erwähnt wird, kann nicht geschlossen werden, dass sie unzulässig ist. Dies gilt jedenfalls dann, wenn der Arbeitnehmer - wie hier - die Prüfung initiiert hat und diese aus seiner Sicht schon aus Gründen der Beweissicherung nahe liegt, weil über den Arbeitgeber das Insolvenzverfahren eröffnet worden ist. Umfang und Höhe der in dem Bescheid nach [§ 28p Abs. 1 Satz 5 SGB IV](#) gegenüber dem Arbeitgeber festgestellten Beitragsnachzahlungspflichten berühren auch die Interessen des Arbeitnehmers, denn der Bescheid wird an die zuständige Einzugsstelle weitergeleitet und bildet dort die Grundlage der Nacherhebung von Sozialversicherungsbeiträgen.

Dass ein Beschäftigungsverhältnis des Klägers über den 15. Dezember 1999 hinaus angedauert hat, lässt sich nicht feststellen.

Der Senat lässt offen, ob hier überhaupt ein Beschäftigungsverhältnis, also eine nichtselbstständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis ([§ 7 Abs. 1 Satz 1 SGB IV](#)) vorliegt. Hieran bestehenden Zweifel, denn nach den Angaben von W. G. war der Kläger als freier Mitarbeiter beschäftigt. Auch das Schreiben vom 29. Oktober 1999 bezeichnete den Kläger als freien Mitarbeiter. Ein schriftlicher Arbeitsvertrag liegt nicht vor. Einen mündlichen Arbeitsvertrag, in dem ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis vereinbart worden ist, hat der Kläger nicht nachweisen können. Feststellungen zur Rentenversicherungspflicht als selbstständig Tätiger nach [§ 2 Satz 1 Nr. 9](#) Sechstes Buch Sozialgesetzbuch hat die Beklagte nicht vorgenommen.

Dem ist jedoch nicht weiter nachzugehen. Selbst wenn ein Beschäftigungsverhältnis vorlag, ist nicht nachgewiesen, dass dieses über den 15. Dezember 1999 hinaus angedauert hat. Was damals im Einzelnen zwischen dem Kläger und der GmbH vereinbart war, lässt sich heute nicht mehr mit der notwendigen Sicherheit rekonstruieren.

Geht man zu Gunsten des Klägers von einem Arbeitsverhältnis zwischen ihm und der GmbH aus, so bedarf dieses zur Beendigung eines Aufhebungsvertrages oder einer Kündigung. Für einen Aufhebungsvertrag spricht nichts. Als Kündigung kann hingegen das Schreiben der GmbH vom 3. November 1999 angesehen werden. Dieses ist der Auslegung ([§ 133](#) Bürgerliches Gesetzbuch - BGB) fähig. Eine Willenserklärung kann als Kündigung qualifiziert werden, wenn sich aus ihr der Wille ergibt, das Arbeitsverhältnis für zu Zukunft zu beenden. Dabei wird auch dem Schriftformerfordernis des [§ 126 Abs. 1](#), [§ 623 BGB](#) genügt, wenn der Kündigungswille zumindest angedeutet wird (Müller-Glöge in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 8. Aufl. 2008, [§ 620 BGB](#) Rdnr. 18). Ein solcher Wille ist hier anzunehmen, denn W. G. wollte die Zusammenarbeit mit dem Kläger in jedem Fall ("definitiv") beenden, wie er in der mündlichen Verhandlung erklärt hat. Der Wille kommt in der Erklärung auch hinreichend deutlich zum Ausdruck. Unschädlich ist dabei, dass W. G. das Rechtsverhältnis zwischen der GmbH und dem Kläger als Verhältnis zu einem freien Mitarbeiter einordnete, denn auf eine richtige rechtliche Bewertung der Grundlagen der Zusammenarbeit kommt es nicht an. Das Schreiben ist auch, wie W. G. gleichfalls erklärt hat, von ihm selbst und nicht etwa von seiner Frau unterschrieben worden. Der Senat sieht das aufgrund der Aussage als erwiesen an. Es ist nicht ansatzweise erklärlich, warum diese Angaben nicht zutreffen sollten.

Bei einer ausgesprochenen Kündigung zum 31. Oktober 1999 wäre aber die Kündigungsfrist des [§ 622 Abs. 1 BGB](#) nicht eingehalten. Danach kann das Arbeitsverhältnis eines Arbeiters oder eines Angestellten (Arbeitnehmer) mit einer Frist von vier Wochen zum Fünfzehnten oder zum Ende eines Kalendermonats gekündigt werden. Eine längere Kündigungsfrist von sechs Monaten, wie vom Kläger behauptet, ist nicht nachgewiesen. Zwar hat sich der Kläger gegen diese Kündigung nicht innerhalb der dreiwöchigen Kündigungsfrist des [§ 4 Satz 1](#) Kündigungsschutzgesetz (KSchG) arbeitsgerichtlich gewandt, weswegen die Kündigung nach [§ 7 KSchG](#) rechtswirksam geworden ist. Denn nach [§ 7 KSchG](#) gilt die Kündigung ohne rechtzeitig erhobene Kündigungsschutzklage als von Anfang an rechtswirksam, wobei seit der Änderung der Vorschrift durch das Arbeitsmarktreformgesetz vom 24. Dezember 2003 ([BGBl. I S. 3002](#)) nicht nur die Sozialwidrigkeit nach dem KSchG, sondern alle Unwirksamkeitsgründe erfasst werden. [§ 7 KSchG](#) kommt hier auch in seiner neuen Fassung zur Anwendung, da

der Gesetzgeber keine Übergangsregelung vorgesehen hat, damit auch die vor dem 1. Januar 2004 (Inkrafttreten der Änderung durch das Arbeitsmarktreformgesetz) ausgesprochenen Kündigungen erfasst werden und lediglich die Klagefrist des [§ 4 Satz 1 KSchG](#) am 1. Januar 2004 beginnt und am 21. Januar 2004 endet (vgl. Rost in: Gemeinschaftskommentar zum Kündigungsschutzgesetz und zu sonstigen kündigungsschutzrechtlichen Vorschriften, 8. Aufl. 2007 [§ 7 KSchG](#) Rdnr. 3c mit Nachweisen zur Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts [BAG]). Dies gilt aber nach der Rechtsprechung des BAG nicht für den Fall der nicht eingehaltenen Kündigungsfrist (BAG, Urteil vom 15. Dezember 2005, [2 AZR 148/05](#), [BAGE 116, 336](#); Rost, a.a.O. Rdnr. 3b). Bis zu dem genannten Datum hat der Kläger eine solche Klage aber nicht erhoben. Damit kommt es auch nicht darauf an, ob das KSchG teilweise nicht zur Anwendung gelangt, weil die GmbH im Jahr 1999 in der Regel nicht mehr als fünf Arbeitnehmer beschäftigte. Denn [§ 23 Abs. 1 Satz 1 KSchG](#) in der hier maßgeblichen neuen Fassung nimmt [§ 7 KSchG](#) ausdrücklich von diesem Vorbehalt aus. Im Übrigen beschäftigte die GmbH in der Regel auch mehr als fünf Arbeitnehmer. Dies folgt aus der von der AOK S. für die Betriebsprüfung der Beklagten gefertigten Übersicht aus der Versichertendatenbank.

Wenn die Kündigungsfrist nicht eingehalten ist, ist die Kündigung allerdings nicht unwirksam, sondern kann dahingehend ausgelegt werden, dass sie zum nächst möglichen Zeitpunkt erfolgen soll (BAG, a.a.O.; Spilger in: Gemeinschaftskommentar, a.a.O., [§ 622 BGB](#) Rdnr. 140; Linck in: Schaub, Arbeitsrechtshandbuch, 12. Aufl. 2007, [§ 123](#) Rdnr. 75, der - wenn eine Auslegung scheitert - auf [§ 140 BGB](#) [Umdeutung] abstellt). Eine solche Auslegung ist hier möglich, denn W. G. wollte die Zusammenarbeit mit dem Kläger, wie bereits dargelegt, in jedem Fall beenden. Der Senat hat keinen Grund, daran zu zweifeln, dass dieser Beendigungswille auch bestand, zumal in der Zeit nach dem 31. Oktober 1999 keine Tätigkeit des Klägers für die GmbH mehr erfolgte. Bei der nach [§ 622 Abs. 1 BGB](#) vorgesehenen vierwöchigen Frist (28 Tage) und einem Zugang des Schreibens vom 3. November 1999 bis spätestens 17. November 1999, wovon der Senat ausgeht, wurde die Kündigung dann zum 15. Dezember 1999 wirksam. Dass der Kläger das von ihm selbst vorgelegte Schreiben nicht auch selbst erhalten hat, wie zuletzt von ihm vorgetragen worden ist, glaubt der Senat ihm nicht.

Etwas anderes folgt auch nicht aus den vom Kläger in Kopie vorgelegten ärztlichen Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen. Ob diese der GmbH jemals übermittelt worden sind, ist unklar - die Kopien entsprechen dem dem Arbeitgeber vorzulegenden Teil der Bescheinigung, dürften sich also bei einer Übermittlung an die GmbH an sich nicht mehr im Besitz des Klägers befinden. Über Urlaubsanträge oder -genehmigungen aus dieser Zeit verfügt der Kläger ebenfalls nicht. Die Annahme einer Beendigung des Arbeitsverhältnisses jedenfalls zum 15. Dezember 1999 entspricht auch der tatsächlichen Arbeitsleistung des Klägers, die nicht über September 1999 hinausgegangen ist.

Auch sonst kann der Kläger nichts vorbringen, was die Fortsetzung des - unterstellten - Beschäftigungsverhältnisses über den 15. Dezember 1999 hinaus nachweist. Dass der Kläger arbeitsgerichtlich nicht einmal ausstehende Gehaltszahlungen geltend gemacht und die Lohnsteuerkarte nach eigenen Angaben W. G. auch erst am 31. Dezember 1999 übergeben hat, begründen weitere Zweifel an den klägerischen Angaben, die zu seinen Lasten gehen. Entgegen seinen Angaben finden sich in der Niederschrift über den Erörterungstermin vom 11. Juli 2007, der insoweit hinsichtlich der wesentlichen Förmlichkeiten Beweiskraft nach [§ 122 SGG](#) i.V.m. [§ 165 ZPO](#) und im Übrigen nach [§ 118 Abs. 1 Satz 1 SGG](#) i.V.m. [§ 415 Abs. 1 ZPO](#) (vgl. BVerwG, Beschluss vom 9. Dezember 1988, [9 B 388/88](#), [NJW 1989, 1233](#)) zukommt, keine Feststellungen, die etwas anderes belegen. Die vorgelegte Stechkarte kann höchstens eine Beschäftigung im Oktober 1999 belegen. Etwaige vertragliche Konstruktionen der GmbH mit anderen für sie tätigen Personen ("Herr P.") lassen keine erkennbaren Rückschlüsse auf den Kläger zu.

Es lässt sich auch kein höheres Arbeitsentgelt des Klägers bei der GmbH feststellen.

Arbeitsentgelt sind alle laufenden oder einmaligen Einnahmen aus einer Beschäftigung, gleichgültig, ob ein Rechtsanspruch auf die Einnahmen besteht, unter welcher Bezeichnung oder in welcher Form sie geleistet werden und ob sie unmittelbar aus der Beschäftigung oder im Zusammenhang mit ihr erzielt werden ([§ 14 Abs. 1 Satz 1 SGB IV](#)). Die von der Beklagten (bei Berücksichtigung der Teilanerkennnisse) zu Grunde gelegten monatlichen 7.000 DM sind der Betrag, den der Kläger tatsächlich erhalten hat. Dass mehr Geld geflossen ist, behauptet auch der Kläger nicht. Auch die Vereinbarung eines höheren Arbeitsentgelts ist nicht nachgewiesen. Eine solche lässt sich aus dem Schreiben vom 29. Oktober 1999 nicht ableiten, dieses stützt vielmehr die von der Beklagten angenommene Summe. Auch die dort angegebenen Zahlungen von jeweils 8.500 DM sind nicht in Monatsabständen erfolgt, wie dies bei einem fest vereinbarten monatlichen Arbeitsentgelt dieser Summe zu erwarten gewesen wäre. In der Verwaltungsakte enthaltene, teilweise geschwärzte Buchungunterlagen (AS 187 bis 197 der Verwaltungsakte) weisen ebenfalls nur Buchungen über sechs Zahlungen zu je 8.500 DM aus, dies zwar mit anderen Daten als das Schreiben vom 29. Oktober 1999, aber aufgeführt im Sachkonto bzw. unter Fremdleistungen, damit nicht als Lohnzahlungen gebucht.

Insbesondere spricht auch nichts dafür, dass zwischen dem Kläger und der GmbH vereinbart war, dass letztere auch Steuern und Sozialversicherungsbeiträge übernimmt (sog. "Nettolohnvereinbarung"). Ist ein Nettoarbeitsentgelt im Sinne des [§ 14 Abs. 2 SGB IV](#) vereinbart, gelten als Arbeitsentgelt die Einnahmen des Beschäftigten einschließlich der darauf entfallenden Steuern und der seinem gesetzlichen Anteil entsprechenden Beiträge zur Sozialversicherung und zur Arbeitsförderung. Eine Nettolohnvereinbarung setzt nach der Rechtsprechung des BSG voraus, dass der Arbeitgeber vor oder bei Auszahlung des Lohnes ausdrücklich oder wenigstens durch schlüssiges Verhalten zu erkennen gibt, dass er Steuern und Beitragsanteile seiner Beschäftigten übernehmen und ihnen damit zusätzlich zu dem ausgezahlten Barlohn einen weiteren Vermögensvorteil zuwenden will (BSG, Urteil vom 19. Mai 2001, [B 12 KR 16/00 R](#), [SozR 3-2400 § 14 Nr. 20](#)). An einem derartigen ausdrücklichen oder schlüssigen Verhalten der GmbH fehlt es. Insbesondere sprechen die Angaben von W. G. in der mündlichen Verhandlung gegen eine solche Annahme, denn danach war - im Einverständnis mit dem Kläger, der damals noch in einer eigenen GmbH tätig war - eine Tätigkeit als freier Mitarbeiter gewollt. Das lässt sich mit einer Vereinbarung über die Tragung von Sozialversicherungsbeiträgen durch den Arbeitgeber nicht vereinbaren.

[§ 612 Abs. 2 BGB](#), wonach im Zweifel die taxmäßige Vergütung, in Ermangelung einer solchen die übliche Vergütung als vereinbart gilt, kommt hier nicht zur Anwendung. Denn dies setzt voraus, dass eine Vereinbarung über die Vergütungshöhe zwischen dem Kläger und der GmbH nicht bestand. Hiervon kann sich der Senat nicht überzeugen. Im Übrigen spricht nichts dafür, dass es eine taxmäßige oder sonst übliche Vergütung für die vom Kläger durchgeführten Arbeiten gibt und diese oberhalb von 7.000 DM im Monat liegt.

Soweit die Beklagte im angefochtenen Bescheid sowie im Widerspruchsbescheid ausführte, das Entgelt ergebe sich aus den "vorhandenen Rechnungen", können damit nicht solche vom Kläger gestellten gemeint sein, denn der Kläger hat nach seinen eigenen Angaben der GmbH keine Rechnungen gestellt und es finden sich auch keine solchen. Entweder meinte die Beklagte damit die von der GmbH über die

Zahlungen an den Kläger erstellten "Berechnungen" bzw. Gutschriften oder der Hinweis ist schlichtweg inhaltlich falsch. Aber auch daraus folgt nicht der Nachweis eines höheren Entgelts.

Aus den vom Kläger vorgelegten handschriftlichen Berechnungen, die sich keinem Vertreter der GmbH sicher zuordnen lassen und nicht zu erkennen geben, ob sie bestehende oder fiktive Verhältnisse wiedergeben, lässt sich nichts anderes folgern. Dass ihm tatsächlich insgesamt 70.000 DM überwiesen worden sind, ermöglicht es nicht, hieraus einen höheren Bruttobetrag zu berechnen, denn die GmbH hat niemals Sozialversicherungsbeiträge für den Kläger abgeführt. Dies ist auch nachvollziehbar, denn man war nach den Angaben von W. G. in der mündlichen Verhandlung davon ausgegangen, es liege eine Tätigkeit als freier Mitarbeiter vor, die gerade nicht sozialversicherungspflichtig sein sollte. Die zuletzt vom Kläger vorgelegten Unterlagen, insbesondere die Kopie seines Schreibens vom 10. Januar 2000 an die GmbH (AS 89 bis 94 der Senatsakten), belegen lediglich, dass der Kläger selbst nach Beendigung des - unterstellten - Arbeitsverhältnisses von höheren und zeitlich weitergehenden Arbeitsentgeltansprüchen ausging, nicht aber, dass diese tatsächlich bestanden. Die eidesstattliche Versicherung des Klägers ist ebenfalls kein zum Nachweis der geltend gemachten Tatsachen geeignetes Beweismittel.

Dem Amtsermittlungsgrundsatz des [§ 103 SGG](#) ist genügt, denn weitere Ermittlungen sind nicht möglich. Insbesondere ist die Vernehmung der damaligen Mitarbeiterin S. entbehrlich, denn nach den eigenen Angaben des Klägers führte diese nur die Buchhaltung durch und Lohnabrechnungen über den Kläger wurden - über das Schreiben vom 29. Oktober 1999 und die dargelegten, aus der Verwaltungsakte ersichtlichen Buchungsunterlagen hinaus - nicht erstellt. Bei dem behaupteten mündlichen Abschluss des Arbeitsvertrages am 31. Dezember 1998 war sie nicht anwesend. Dass gegenüber Frau S. von Anfang an nur von einem Arbeitsverhältnis mit dem Kläger die Rede war, ist ohne Belang, denn dies kann die rechtliche Bewertung nach [§ 7 Abs. 1 SGB IV](#) nicht ersetzen und auch die Beklagte ging ja im angefochtenen Bescheid von einem Arbeitsverhältnis aus. Auch der vom Kläger beantragten Vernehmung des Prüfbereichsleiters M. bedarf es nicht, denn auch der Kläger hat nicht behauptet, dass dieser weitere tatsächliche Angaben zur Tätigkeit des Klägers bei der GmbH machen kann. Wenn Herr M. dem Kläger gegenüber die Ansicht vertreten haben soll, es liege ein Arbeitsverhältnis vor, gilt das zur Vernehmung von Frau S. Ausgeführte entsprechend.

Der Senat kann sich auch nicht davon überzeugen, dass die Verwaltungs- und/oder die Gerichtsakten zu Lasten des Klägers manipuliert worden sind. Umblattierungen und auch fehlerhafte Nummerierungen sind, wie der Senat aus zahlreichen Verfahren weiß, nicht selten. Was hier inhaltlich fehlen oder verfälscht sein sollte, weiß der Senat nicht.

Da sich die vom Kläger geltend gemachten Umstände nicht nachweisen lassen, geht dies zu seinen Lasten.

Die Kostenentscheidung beruht auf [§ 193 SGG](#). Dass der Kläger durch die Teilanerkennnisse der Beklagten in einem gewissen Umfang erfolgreich war, rechtfertigt eine Kostenerstattung im ausgesprochenen Umfang.

Die Revision ist nicht zuzulassen, weil die Voraussetzungen des [§ 160 Abs. 2 SGG](#) nicht erfüllt sind.

Rechtskraft

Aus

Login

BWB

Saved

2008-06-09