

## L 11 KR 279/12

Land  
Baden-Württemberg  
Sozialgericht  
LSG Baden-Württemberg  
Sachgebiet  
Krankenversicherung  
Abteilung  
11  
1. Instanz  
SG Mannheim (BWB)  
Aktenzeichen  
S 3 R 3716/09  
Datum  
09.12.2011  
2. Instanz  
LSG Baden-Württemberg  
Aktenzeichen  
L 11 KR 279/12  
Datum  
09.07.2013  
3. Instanz  
Bundessozialgericht  
Aktenzeichen

-  
Datum

-  
Kategorie  
Urteil  
Leitsätze

Zur Abgrenzung zwischen einer Arbeitnehmerüberlassung und einem Werkvertrag, wenn der angebliche Werkunternehmer damit geworben hat, Facharbeiter zu einem bestimmten Stundensatz zur Verfügung stellen zu können, und es sich bei diesem Unternehmen um eine sog Briefkastenfirma handelt.

Die Berufung der Klägerin gegen das Urteil des Sozialgerichts Mannheim vom 09.12.2011 wird zurückgewiesen.

Die Klägerin trägt die Kosten des Berufungsverfahrens mit Ausnahme der außergerichtlichen Kosten der Beigeladenen.

Der Streitwert für das Berufungsverfahren wird endgültig auf 27.831,21 EUR festgesetzt.

Tatbestand:

Zwischen den Beteiligten ist streitig, ob die Klägerin verpflichtet ist, für die Zeit vom 13.09.2004 bis 09.04.2005 Gesamtsozialversicherungsbeiträge einschließlich Umlagen für sieben britische Arbeitnehmer iHv 27.831,21 EUR zu zahlen.

Die Klägerin ist ein in der Rechtsform der GmbH geführtes Bauunternehmen, welches sich mit Tiefbau, Hochbau, Straßenbau, Transportbeton und Baustoffrecycling beschäftigt, schwerpunktmäßig aber im Tiefbau und Straßenbau tätig ist.

Die A. B. GmbH, deren geschäftsführende Alleingesellschafterin die kaufmännische Angestellte A. K. war, entstand am 12.11.2004 durch Umfirmierung aus einer Vorratsgründung. Offiziell war Unternehmensgegenstand die Betreuung und Ausführung von Bauleistungen, tatsächlich jedoch - Frau K. und ihr als faktischer Geschäftsführer im Betrieb tätiger Ehemann verfügten über keinerlei Kenntnis der Baubranche - in der nicht genehmigten Gestellung ua ausländischer, insbesondere britischer Arbeitskräfte an Drittfirmen. Die von diesen Kräften erbrachten Bauleistungen rechnete die A. B. GmbH gegenüber den Drittfirmen als Bauleistungen ab. Wegen Steuerhinterziehung in 17 Fällen im Zusammenhang mit der Tätigkeit der A. B. GmbH wurde Frau K. zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von einem Jahr, ausgesetzt zur Bewährung, verurteilt (Landgericht Bochum 18.06.2007, 2 (10) Kls 35 Js 161/06 Teil 2). Der am 13.03.2006 gestellte Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der A. B. GmbH wurde mangels Masse abgelehnt (Amtsgericht Dortmund 17.10.2006, 259 IN 111/06).

Die Klägerin und die A. B. GmbH schlossen im September 2004 zwei "Bauwerkverträge" über die Ausführung von Maurerarbeiten für den Neubau Alten- und Pflegeheim in S. sowie EFH-Neubau in W. und vier WE G.-H.-Straße in S ... Für die A. B. GmbH trat ein Herr Sch. auf. Geregelt war die Ausführung der Maurerarbeiten auf Abruf durch die Bauleitung spätestens am 13.09. bzw 20.09.2004; Vertragsbestandteile waren nach ausdrücklicher Regelung Bauwerkvertrag, Leistungsbeschreibung, die Pläne, VOB-Teil B und C in der jeweils gültigen Fassung mit folgenden Ergänzungen: Das Herstellen aller Aussparungen und Öffnungen ist in den Einheitspreisen enthalten; Fenster und Türöffnungen werden beim Aufmaß abgezogen. In den Einheitspreisen enthalten waren nach ausdrücklicher Regelung: Arbeitskleidung, Handwerkzeug, Auslöse, Unterkunft, alle Steuern und Versicherungen. Die Abrechnung und Zahlung sollte wöchentlich erfolgen.

Im September 2006 stellte das Hauptzollamt B., Finanzkontrolle Schwarzarbeit, der Beklagten zur Schadensberechnung Ermittlungsergebnisse über Geschäftsbeziehungen der Klägerin mit der A. B. GmbH zur Verfügung. Im Rahmen der Ermittlungen gegen Frau K. von der A. B. GmbH waren bei der Durchsuchung von Geschäftsräumen der Klägerin ua Rechnungen der A. B. GmbH an die Klägerin für

Maurerarbeiten auf den Baustellen Alten- und Pflegeheim S., vier WE G.-H.-Straße, S. und Einfamilienhaus W. sichergestellt worden. In einem Schreiben der A. B. GmbH an die Klägerin sind die auf den Baustellen beschäftigten sieben Arbeitnehmer britischer Staatsangehörigkeit namentlich benannt. Stundenaufzeichnungen wurden nicht gefunden. Es wurde festgestellt, dass die Arbeitnehmer nicht zur Sozialversicherung angemeldet waren und Bescheinigungen E 101 für diese Personen in Großbritannien nicht ausgestellt worden waren. Aufenthaltsort und Anschriften der Arbeitnehmer konnten nicht ermittelt werden. Das gegen den Geschäftsführer der Klägerin wegen unerlaubter Arbeitnehmerüberlassung eingeleitete Ermittlungsverfahren wurde eingestellt, da keine ordnungswidrige Handlung nachgewiesen werden konnte. Der Geschäftsführer hatte sich auf der Internetseite des Bundesamtes für Finanzen informiert, ob die A. B. GmbH existiert und sich Freistellungsbescheinigungen und Unbedenklichkeitsbescheinigungen durch die A. B. GmbH aushändigen lassen. Nach dem Schlussbericht des Hauptzollamtes B. vom 25.04.2007 handelte es sich bei der A. B. GmbH um eine "Briefkastenfirma", die nicht im Besitz einer Erlaubnis für den gewerblichen Verleih von Arbeitnehmern war. Bei der Firmenanschrift handelte es sich lediglich um ein Wohnhaus ohne Firmenschild. Ein eigener Geschäftsbetrieb, Bauhof oder Fuhrpark existierte nicht. Eingehende Telefonanrufe und Faxnachrichten wurden via Rufumleitung in die Niederlande weitergeleitet. Der Geschäftsführer der Klägerin habe angegeben, dass der geschäftliche Kontakt durch Werbefaxe der A. B. GmbH entstanden sei, aufgrund dieses Angebotes habe er Arbeitnehmer für Maurerarbeiten angefordert. Es seien Werkverträge mit vereinbarten Einheitspreisen geschlossen und nach Aufmaß abgerechnet worden. Eine ordnungswidrige Handlung iSv § 16 Gesetz zur Regelung der Arbeitnehmerüberlassung (Arbeitnehmerüberlassungsgesetz - AÜG) habe dem Geschäftsführer der Klägerin nicht nachgewiesen werden können.

Mit Schreiben vom 31.10.2008 hörte die Beklagte die Klägerin dazu an, dass sie beabsichtige, eine Nachforderung für Beiträge zur Sozialversicherung iHv insgesamt 40.546,71 EUR zu erheben, inklusive Säumniszuschläge iHv 12.715,50 EUR. Nach den Ermittlungen des Hauptzollamtes B. habe die A. B. GmbH Personal an andere Firmen, ua an die Klägerin verliehen. Eine Beurteilung der vertraglichen Einzelheiten zur Abgrenzung eines Werkvertrags gegenüber der Arbeitnehmerüberlassung sei entbehrlich, weil es der A. B. GmbH bereits an der Werkvertragsfähigkeit gemangelt habe. Diese habe lediglich als Deckmantel für eine aus den Niederlanden operierende Tätergruppe gedient, die allein zum Zweck der illegalen Arbeitnehmerüberlastung "Briefkastenfirmen" betrieben habe. Die Gesellschaft habe im Prüfzeitraum über keinerlei Personal verfügt. Nach außen sei jeweils ein "Herr Sch." aufgetreten, dessen tatsächliche Identität ungeklärt sei. Die Gesellschaft sei organisatorisch, strukturell und personell überhaupt nicht in der Lage gewesen, qualifizierte Werkvertragsleistungen zu erbringen. Die Werbe-Faxe/Angebote deuteten bereits auf den eigentlichen Zweck der Arbeitnehmerüberlassung hin, weil Personal zu festen Stundensätzen angeboten worden sei. Die Geschäftsbeziehungen zwischen der Klägerin und der A. B. GmbH könnten deshalb nicht als Werkvertrag qualifiziert werden, auch wenn der Klägerin gegenüber dieser Eindruck durch Verwendung entsprechender Vertragsmuster habe erweckt werden sollen. Die Klägerin hafte nach [§ 28e Abs 2](#) Sozialgesetzbuch Viertes Buch (SGB IV) für die Erfüllung der Zahlungspflicht des Arbeitgebers. Da eine Meldung durch den Arbeitgeber nicht stattgefunden habe und personenbezogene Entgeltunterlagen nicht hätten ermittelt werden können, werde 2/3 der tatsächlichen Rechnungsbeträge als Lohnaufwand angesetzt. Dies entspreche in etwa den Werten, die für Facharbeitertätigkeiten nach den für das Baugewerbe gültigen Mindestlohn-Tarifvertrag zugrunde zu legen wären.

Mit ihrer Stellungnahme führte die Klägerin aus, ihrem Geschäftsführer habe keine ordnungswidrige Handlung nachgewiesen werden können. Sowohl die vertragliche als auch die tatsächliche Handhabung der Geschäftsbeziehungen zwischen ihr und der A. B. GmbH seien als Werkvertrag einzuordnen. Die nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (BAG) bei der Abgrenzung maßgeblichen Kriterien - Vereinbarung einer abgrenzbaren Werkleistung, fehlende Integration in den Arbeitsablauf des Auftraggebers und Verwendung eigener Arbeitsmittel - seien erfüllt. Die Klägerin habe Teile eines Gesamtleistungsverzeichnisses an die A. B. GmbH übermittelt, die diese dann mit selbst kalkulierten Einheitspreisen versehen habe. Es habe somit ein Erfüllungsanspruch hinsichtlich der im Leistungsverzeichnis genannten Tätigkeiten bestanden. Mangelrechte bestünden nach [§§ 633 ff](#) Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) ohne gesonderte Vereinbarung. Die im Leistungsverzeichnis aufgeführten Arbeiten seien unter der Leitung eines Poliers der A. B. GmbH sämtlich in abnahmefähigem Zustand hergestellt worden, ohne dass eine Mitwirkung durch den Bauleiter der Klägerin notwendig gewesen wäre.

Mit Bescheid vom 15.04.2009 verlangte die Beklagte aufgrund einer Betriebsprüfung nach [§ 28p Abs 1 SGB IV](#) unter Auswertung der vom Zoll zur Verfügung gestellten Unterlagen für den Zeitraum vom 13.09.2004 bis 09.04.2005 Beiträge und Umlagen iHv 27.831,21 EUR. Bei illegaler Arbeitnehmerüberlassung hafte nach [§ 28e Abs 2 SGB IV](#) der Entleiher neben dem Verleiher gesamtschuldnerisch für die Zahlung der Gesamtsozialversicherungsbeiträge. Die A. B. GmbH sei nachweislich als Legende genutzt worden, um aus den Niederlanden heraus illegal Arbeitnehmerüberlassung zu betreiben. Dieses als Koppelbaas-Modell benannte Geschäftsfeld stehe als Synonym für den organisierten illegalen Arbeitnehmerverleih. Zwar habe die A. B. GmbH tatsächlich eigene Arbeitnehmer gehabt, diese seien aber nur für einen ganz kurzen Zeitraum gemeldet gewesen und hätten lediglich der Legendenbildung gedient. Zum Zeitraum der Vertragsbeziehungen mit der Klägerin seien schon keine Arbeitnehmer mehr gemeldet gewesen. Die Gesellschaft sei organisatorisch, strukturell und personell nicht in der Lage gewesen, qualifizierte Werkvertragsleistungen zu erbringen. Ein Herr W., mit dem nach den Angaben der Klägerin ein Vertragsgespräch nach dem ersten Kontakt stattgefunden habe, sei weder als Arbeitnehmer der A. B. GmbH gemeldet noch Nachunternehmer dieser GmbH gewesen. Es sei hinreichend bewiesen, dass die A. B. GmbH ausschließlich als Deckmantel für Arbeitnehmerüberlassung gedient habe. Säumniszuschläge würden nicht erhoben, da der Klägerin keine Fahrlässigkeit im Sinne des [§ 24 Abs 2 Satz 1 SGB IV](#) vorzuwerfen sei.

Die Klägerin erhob Widerspruch und machte geltend, dass auch nach der Rechtsprechung des BAG die betriebliche Organisation als "Briefkastenfirma" nicht zwingend zum Vorliegen einer Arbeitnehmerüberlassung führe ([7 AZR 217/94](#)). Die Klägerin habe eindeutig einen Werkvertrag geschlossen. Die Abrechnung durch Einheitspreise weise das unternehmerische Risiko der A. B. GmbH zu. Auch die Abwicklung sei zwischen den Vertragsparteien in der für VOB/B-Bauverträge typischen Art und Weise erfolgt.

Die Beklagte vermerkte in ihren Akten, dass eine telefonische Nachfrage beim Hauptzollamt B. zur Person "W." ergeben habe, dass dieser zeitweise für die A. B. GmbH die Funktion des so genannten "Runners" ausgeübt habe, der typischerweise nach dem Koppelbaas-Modell unterwegs sei, um die Entleiher aufzusuchen. In dieser Funktion sei W. bei der Anbahnung von "Werkverträgen" und insbesondere bei der Zahlungsabwicklung für die A. B. GmbH aufgetreten, ohne dort gemeldet gewesen zu sein. Unter dem Namen "Sch." seien zwei niederländische Drahtzieher aufgetreten.

Mit Widerspruchsbescheid vom 06.10.2009 wies die Beklagte den Widerspruch zurück und führte aus, die Ermittlungen gegen die Verantwortlichen der A. B. GmbH hätten zu rechtskräftigen Verurteilungen geführt. Es sei zweifelsfrei festgestellt worden, dass der alleinige

Geschäftszweck der A. B. GmbH in der Arbeitnehmerüberlassung bestanden habe. Dieser Sachverhalt sei auch vom Landessozialgericht (LSG) Nordrhein-Westfalen bestätigt worden (Beschluss vom 27.07.2009, L 8 B 5/09 B-ER).

Hiergegen richtet sich die am 03.11.2009 zum Sozialgericht Mannheim (SG) erhobene Klage. Die Klägerin macht weiter geltend, dass nach der vertraglichen Ausgestaltung und tatsächlichen Ausführung der Verträge eine Arbeitnehmerüberlassung nicht stattgefunden habe. Anders als bei dem vom LSG Nordrhein-Westfalen festgestellten Sachverhalt sei vorliegend eine Ausführungsfrist im Sinne des [§ 5 Nr. 2 VOB/B](#) vereinbart worden. Aus den handschriftlichen Ergänzungen der Verträge ergebe sich auch, dass es sich nicht lediglich um vorformulierte Vertragstexte gehandelt habe, denen die Vertragsparteien keine Verbindlichkeit zugemessen hätten. Das Leistungsverzeichnis führe Einzelleistungen auf, die als ausreichende Leistungsbeschreibung anzusehen seien. Der Kolonnenführer der A. B. GmbH M. F. habe gemeinsam durch einen Bauleiter der Klägerin in regelmäßigen Abständen die erbrachten Leistungen durch das gemeinsame Aufmaß festgehalten, das Grundlage für die Abrechnungen gewesen sei. Durch die gesamte Abwicklung sei eine tatsächlich vorhandene Betriebsorganisation der A. B. GmbH nachgewiesen. Ein Zusammenwirken der Arbeitnehmer der Klägerin und der Arbeitskräfte der A. B. GmbH habe es nicht gegeben. Diese seien nicht in die Betriebsorganisation der Klägerin eingegliedert gewesen.

Die Beklagte ist der Klage entgegengetreten und hat ergänzend ausgeführt, dass im Zusammenhang mit dem Ermittlungen des Hauptzollamts B. seit Herbst 2008 ca 70 Beitragsbescheide erlassen worden seien. In den sozialgerichtlichen Verfahren sei die Rechtsauffassung der Beklagten bisher bestätigt worden.

Das SG hat im Termin zur mündlichen Verhandlung am 14.07.2011 die bei der Klägerin beschäftigten Herren L. (Bauingenieur) und D. (Maurermeister, Bauleiter) als Zeugen vernommen sowie im weiteren Termin am 09.12.2011 die Zeugen P. (Architekt beim Bauvorhaben EFH W.), S. (Polier bei der Klägerin, tätig auf der Baustelle in W.), E. (Polier bei der Klägerin, tätig auf der Baustelle G.-H.-Straße) und En. (Polier bei der Klägerin, tätig auf der Baustelle Alten- und Pflegeheim S.). Zusätzlich hat es schriftlich die Zeugen R. (Architekt) und P. (Mitarbeiter der Firma B. - Auftraggeber der Klägerin beim Bauvorhaben Alten- und Pflegeheim S.) vernommen. Sodann hat das SG mit Urteil vom 09.12.2011 die Klage abgewiesen. Zur Begründung hat es ausgeführt, dass die auf den drei Baustellen beschäftigten britischen Arbeitnehmer unstreitig als abhängig beschäftigte Personen tätig geworden seien, die der Versicherungspflicht in der Rentenversicherung, Krankenversicherung, Pflegeversicherung und Arbeitslosenversicherungen unterlägen. Eine Anmeldung zur Sozialversicherung und Abführung der Beiträge sei für den Beschäftigungszeitraum vom 13.09.2004 bis 09.04.2005 nicht erfolgt. Den Gesamtsozialversicherungsbeitrag habe nach [§ 28e Abs 1 Satz 1 SGB IV](#) der Arbeitgeber zu zahlen. Die Klägerin gelte als Arbeitgeber nach [§ 28e Abs 2 Satz 4 SGB IV](#), denn die Arbeitnehmer seien bei ihr als Leiharbeiternehmer aufgrund des Vertrags mit der A. B. GmbH als Verleiherin beschäftigt gewesen. Dieser Vertrag sei nach [§ 9 Nr 1 AÜG](#) unwirksam, denn der Verleiher habe nicht die nach [§ 1 AÜG](#) erforderliche Erlaubnis gehabt. Demnach gelte ein Arbeitsverhältnis zwischen Entleiher und Leiharbeiternehmer, zudem zwischen dem Entleiher und dem Verleiher für den Beginn der Tätigkeit vorgesehenen Zeitpunkt als zustande gekommen. Zahle der Verleiher das vereinbarte Arbeitsentgelt oder Teile des Arbeitsentgelts an den Leiharbeiternehmer, obwohl der Vertrag nach [§ 9 Nr 1 AÜG](#) unwirksam sei, habe er auch den hierauf entfallenden Gesamtsozialversicherungsbeitrag nach [§ 28e Abs 2 Satz 3 SGB IV](#) an die Einzugsstelle zu zahlen. Hinsichtlich der Zahlungspflicht nach dieser Vorschrift gelte der Verleiher neben dem Entleiher als Arbeitgeber - beide hafteten insoweit als Gesamtschuldner. Diese Voraussetzungen seien vorliegend erfüllt. Das SG sei zu der Überzeugung gelangt, dass es sich bei den vorliegenden Werkverträgen vom 03.09. und 15.09.2004 um Verträge gehandelt habe, die nur scheinbar zwischen der Klägerin und der A. B. GmbH als Subunternehmen für die Ausführung der Maurerarbeiten auf den Baustellen geschlossen worden seien, die in Wirklichkeit aber verdecken sollten, dass Gegenstand der Verträge allein die Überlassung der Arbeitnehmer an die Klägerin zur Arbeitsleistung gewesen sei. Allein die Bezeichnung der Verträge als "Bauwerkvertrag" sei für die Bestimmung des Vertragsgegenstandes nicht maßgebend. Maßgebend sei die Durchführung des Vertrags, weil sich hier aus der praktischen Handhabung am ehesten Rückschlüsse darauf ziehen ließen, von welchen Rechten und Pflichten die Vertragsparteien ausgegangen seien, was sie also wirklich gewollt hätten. Auf Seiten der A. B. GmbH sei aufgrund der Ermittlungsergebnisse des Hauptzollamts B. festzustellen, dass die betrieblichen und organisatorischen Voraussetzungen, um die vertraglich vereinbarte Werkleistung zu erbringen und den eingesetzten Erfüllungsgehilfen Weisungen zu erteilen, nicht bestanden habe. Nach dem Urteil des Landgerichts Bochum vom 18.06.2007 sei nachgewiesen, dass der eigentliche Firmenzweck der A. B. GmbH auf Überlassung überwiegend englischer Arbeitnehmer an Unternehmen im Süddeutschen Raum zur Ausführung von Bauarbeiten gerichtet gewesen sei. Die von den Arbeitnehmern erbrachten Arbeiten seien gemäß dem Tatplan gegenüber den Entleihern zur Verdeckung der illegalen Arbeitnehmerüberlassung als Bauleistung abgerechnet worden. Weder die Geschäftsführerin der A. B. GmbH noch ihr Ehemann hätten Qualifikationen oder Kenntnisse in der Baubranche erworben. Darüber hinaus habe es sich um eine reine Briefkastenfirma ohne eigenen Geschäftsbetrieb, ohne Bauhof und ohne Fuhrpark gehandelt, von deren Telefonanschlüssen Anrufe und Telefax-Nachrichten in die Niederlande weitergeleitet worden seien. Die personellen Voraussetzungen seien auch nicht dadurch erfüllt gewesen, dass fachkundiges Personal beschäftigt worden sei. Die ua auch bei der Klägerin aufgetretenen Verhandlungspartner "Sch." und "W." seien keine Beschäftigten der A. B. GmbH gewesen. Eine Vernehmung dieser Verhandlungspartner als Zeugen sei ausgeschlossen, weil sie von den Ermittlungsbehörden nicht hätten identifiziert werden können bzw ihr Aufenthaltsort unbekannt sei. Weder der Wortlaut der vorliegenden Verträge noch die vorgelegten Abrechnungen nach Aufmaß seien als Beweis dafür geeignet, dass die britischen Arbeitnehmer auf den Bestellen für die A. B. GmbH als Subunternehmen tätig geworden seien. Die entsprechende Vorgehensweise habe dem Tatplan der verurteilten Geschäftsführerin der A. B. GmbH entsprochen. Auch unter Berücksichtigung der Aussagen der vom SG am 14.07. und 09.12.2011 vernommenen Zeugen sei zur Überzeugung des Gerichts nicht festzustellen, dass die mit der Ausführung der Maurerarbeiten beschäftigten Arbeitnehmer als Erfüllungsgehilfen der A. B. GmbH tätig geworden seien. Der Vortrag, dass M. F. vor Ort die Weisungen erteilt und für die organisatorische Durchführung der Arbeiten zuständig gewesen sei, sei durch die Beweisaufnahme nicht bestätigt worden. Der Zeuge P. habe für die Baustelle in W. keine genauen Angaben dazu gemacht, ob die Maurerarbeiten auf der Baustelle von einem Vorarbeiter überwacht worden seien. Der Zeuge S. habe ebenfalls für diese Baustelle angegeben, dass eigentlich kein Vorarbeiter anwesend gewesen sei, er habe sich nicht daran erinnern können, ob jemand vorbeigekommen sei, um Anweisungen für die Ausführung der Arbeiten zu geben. Der Zeuge E. habe ausgesagt, dass die Maurer morgens auf der Baustelle G.-H.-Straße entweder von ihm selbst oder dem Zeugen D. den Plan bekommen hätten, was zu tun sei. Nach Aussage des Zeugen En. seien auf der größten Baustelle Alten- und Pflegeheim S. täglich zwei Kolonnen von englischen Maurern mit jeweils drei bis vier Mann laufend beschäftigt gewesen, jede Kolonne habe einen Polier gehabt. Eine betriebliche Organisation der "Werkleistungen" durch die A. B. GmbH Vorort könne unter diesen Voraussetzungen nicht festgestellt werden. Die Aussage des Zeugen En. sei zudem nicht vereinbar mit der Feststellung des Hauptzollamts, das insgesamt sieben Arbeitnehmer zum Einsatz gekommen seien, es sei denn, dass darüber hinaus weitere Arbeitskräfte bei der A. B. GmbH angefordert worden wären. Aus den sichergestellten Rechnungen der A. B. GmbH ergebe sich, dass zeitweise Maurerarbeiter auf allen drei Baustellen parallel ausgeführt worden seien. Der Zeuge E. habe ausgesagt, dass die Maurer auf der anderen Baustelle in S. waren, wenn auf der Baustelle in

der G.-H.-Straße Betonarbeiten ausgeführt worden waren. Wer über den Einsatz der Maurer auf den drei Baustellen die Entscheidung getroffen haben solle, wenn nicht die Klägerin, sei nicht ersichtlich. Insgesamt habe das SG den Eindruck gewonnen, dass die Zeugen, die in einem Beschäftigungsverhältnis bei der Klägerin stünden oder langjährige Geschäftsbeziehungen zu ihr unterhielten, bemüht gewesen seien, zugunsten der Klägerin auszusagen. Insbesondere die Angabe des Zeugen D., dass ihm die Tätigkeit der A. B. GmbH auf den drei Baustellen höchstens am Rand interessiert habe, sei unter Berücksichtigung seiner Funktion als Bauleiter auf allen drei Baustellen und der notwendigen Koordination der Beton- und Maurerarbeiten eindeutig unglaubwürdig. Zudem habe das SG berücksichtigt, dass im Schreiben der A. B. GmbH vom 03.08.2004 an die Klägerin, das nach der ersten Kontaktaufnahme an sie gerichtet worden sei, der Einsatz von Facharbeitern zugesagt werde. Auch wenn sich die Firma als Nachunternehmer bezeichne in diesem Schreiben, beträfen die Ausführungen ausschließlich den Personaleinsatz, die Möglichkeit, die Arbeit bereits am nächsten Tag anzufangen und den Stundenlohn für die Facharbeiter von 25 EUR sowie den Hinweis, dass die Firma auch in der Lage sei, zu "Festpreisen" zu arbeiten. Die Angaben des Geschäftsführers der Klägerin zu diesem Schreiben, dass lediglich der Einsatz qualifizierter Facharbeiter gewährleistet sein sollte, entkräftete den Inhalt des Angebots vom 03.08.2004, der sich nur auf Personaleinsatz beziehe, nicht, zumal der Inhalt dieses Schreibens mit einer Vertragsanbahnung für einen Werkvertrag nicht in Einklang zu bringen sei. Das "Leistungsverzeichnis" zur Baustelle Alten- und Pflegeheim S., das im Widerspruchsverfahren vorgelegt worden sei, enthalte lediglich den Titel 1.5 des Leistungsverzeichnisses des im Gerichtsverfahren vollständig vorgelegten Vertrags der Klägerin mit der Firma B. Bau GmbH vom 19.05.2004 ohne jede Angabe zur Art des Bauwerks, der Lage der Baustelle oder Umgebungsbedingungen. Eine Leistungsbeschreibung, die den Vorgaben der VOB/A entspreche und die für das Vorliegen eines Werkvertrages spräche, sei der A. B. GmbH von der Klägerin vor Vertragsschluss gerade nicht übermittelt worden. Dies ergebe sich aus den von der Klägerin im Widerspruchsverfahren vollständig vorgelegten Anlagen zum Schreiben der Klägerin vom 30.08.2004 (= Preis-anfrage). In dieser "Preis-anfrage" werde auch, ebenso wie im Bauwerkvertrag für alle drei Baustellen, nicht thematisiert, dass das Material einschließlich des Schneidegerätes für die Steine von der Klägerin gestellt worden sei, wie der Zeuge L. ausgesagt habe. Beim wirklich gewollten Abschluss eines Werkvertrages hätte diese Regelung aber wesentlicher Bestandteil des Vertrages sein müssen, denn eine unternehmerische Kalkulation erscheine sonst für einen Werkunternehmer schlechterdings nicht möglich. Unter Berücksichtigung des Vorgehens der A. B. GmbH, das von den Ermittlungsbehörden festgestellt worden sei, genüge der von der Klägerin übermittelte Auszug aus dem Leistungsverzeichnis der Firma B. Bau GmbH allerdings, um den Arbeitskräfteeinsatz bei der Überlassung von Arbeitnehmern zu ermitteln und den Preis für die notwendige Arbeitsleistung mitzuteilen. Schließlich sei Bestandteil des Angebotes auch die Möglichkeit der Vereinbarung von "Festpreisen" gewesen. Der Behandlung von Mängelbeseitigungskosten komme demgegenüber kein besonderer Beweiswert zu, denn die "offizielle" Handhabung habe zur Überzeugung des Gerichts der Wahrung des Anscheins gedient, dass ein Werkvertrag geschlossen und ausgeführt worden sein solle. Schließlich sei zu berücksichtigen, dass die A. B. GmbH keine Struktur aufgewiesen habe, die ihr eine Tätigkeit ermöglicht hätte, die über die bloße Zurverfügungstellung von Arbeitnehmern hinausgehe. Als Briefkastenfirma sei sie nicht in der Lage gewesen, die zur Erreichung des angeblieh vereinbarten Werkvertrages notwendigen Handlungen nach eigenen betrieblichen Voraussetzungen zu organisieren. Es sei deshalb ausgeschlossen, dass die Arbeitnehmer im Rahmen eines Werkvertrages bei der Klägerin tätig gewesen seien (unter Hinweis auf BAG 09.11.1994, [7 AZR 217/94](#)). Die zur Feststellung der Beitragsforderung durchgeführten Berechnungen seien zutreffend dargelegt, die Höhe der Forderung sei nicht zu beanstanden.

Gegen das ihrem Bevollmächtigten am 21.12.2011 zugestellt Urteil richtet sich die am 18.01.2012 eingelegte Berufung der Klägerin. Die vom SG vorgenommene Gesamtwürdigung des Sachverhalts sei bereits wegen der unzutreffenden Tatsachenfeststellungen, insbesondere wegen der Annahme einer fehlenden betrieblichen Organisation der A. B. GmbH sowie wegen Verkennung der für die Abgrenzung zwischen einem Werkvertrag bzw einem Überlassungsvertrag maßgeblichen Kriterien fehlerhaft vorgenommen worden, sodass die sich auf Grundlage einer unerlaubten Arbeitnehmerüberlassung ergebende gesamtschuldnerische Haftung gemäß [§ 28e Abs 2 SGB IV](#) nicht bestehe. Nach der neueren Rechtsprechung des BAG seien zur Abgrenzung von Werkverträgen von Verträgen zur Überlassung von Arbeitnehmern insbesondere folgende Kriterien maßgeblich: Vereinbarung eines konkreten, werkvertragsfähigen Leistungsgegenstands zwischen den Parteien; Abrechnungen nach vereinbarten (objektiven) Berechnungsmaßstäben; Ausübung des Weisungsrechts gegenüber dem Fremdpersonal; Organisation der zur Erreichung des Vertragsziels notwendigen Arbeitsabläufe; arbeitsteilige Zusammenarbeit von Fremd- und Stammarbeitnehmern; Einsatz des Fremdpersonals nur innerhalb des vereinbarten Leistungsgegenstandes; Übernahme eines eigenen Unternehmerrisikos (Haftung, Gewährleistung). Insbesondere im Hinblick auf die vom SG herangezogenen Gerichtsbescheide und Beschlüsse hinsichtlich anderer Vertragspartner der A. B. GmbH sei zudem darauf hinzuweisen, dass die Arbeitnehmerüberlassung ein subjektives Moment, dh die Kenntnis oder zumindest Billigung der auf beiden Seiten zum Vertragsabschluss berechtigten Personen hinsichtlich einer vom schriftlichen Inhalt der Verträge abweichenden Vertragspraxis erfordere. Im Hinblick auf die Zeugenaussagen habe das SG sämtliche vernommenen Zeugen als unglaubwürdig angesehen und dies ausschließlich mit der wirtschaftlichen Verbundenheit der Zeugen als Arbeitnehmer oder Geschäftspartner der Klägerin begründet. Bei der B. Bau GmbH bzw dem als Vertreter der Bauherren handelnden Architekten handele es sich um Auftraggeber der Klägerin, die im Falle einer ungünstigen Aussage keine unmittelbaren wirtschaftlichen Nachteile zu befürchten hätten. Der als Zeuge vernommene Polier E. sei bereits seit 2007 nicht mehr bei der Klägerin beschäftigt, dies werde in der Beweiswürdigung ebenfalls nicht berücksichtigt. Soweit das SG die Beschäftigten der Klägerin, die mit der unmittelbaren Ausführung der Maurerarbeiten und den britischen Arbeitnehmern nichts zu tun gehabt hätten, als unglaubwürdig einstufte, könne dies nicht nachvollzogen werden. Die Zeugen seien als Polier der für die Betonarbeiten eingesetzten Kolonnen der Klägerin tätig gewesen, wohingegen die Arbeitnehmer der A. B. GmbH mit den Maurerarbeiten beschäftigt gewesen seien. Der vom SG gewonnene Eindruck einer bewusst unwahren Aussage sämtlicher Zeugen zugunsten der Klägerin sei insbesondere wegen des Fehlens jeglicher widersprechender Tatsachen oder Widersprüche der einzelnen Aussagen in sich selbst nicht nachvollziehbar und beruhe offenbar auf einer pauschalen Bewertung des Sachverhalts. Soweit das SG insbesondere unter Berücksichtigung des Schreibens der A. B. GmbH vom 03.08.2004 den Schluss ziehe, dass sämtliche vorgelegten Vertragsunterlagen und Schreiben lediglich dem Ziel gedient haben sollten, die Überlassung von Arbeitnehmer zu verschleiern, könne dies gleichfalls nicht nachvollzogen werden. Die durch gemeinsames Aufmaß der Klägerin mit den vertretungsberechtigten Mitarbeitern der A. B. GmbH gemeinsam aufgenommenen Aufmaße seien Grundlage der Abrechnung gewesen. Sonstige Schriftstücke, insbesondere eine parallel geführten Aufstellung der geleisteten Mannstunden, seien bei den beschlagnahmten Unterlagen nicht gefunden worden. Die Übereinstimmung der abgerechneten Massen im Verhältnis zum Auftraggeber bzw Subunternehmer der Klägerin, sei daher nur dadurch zu erklären, dass auch im Verhältnis zur A. B. GmbH eine Abrechnung nach Massen entsprechend den Vorgaben der VOB/B stattgefunden habe. Die vom SG als Beleg für eine Arbeitnehmerüberlassung herangezogene Kalkulation stelle die typische Kalkulation eines Werkunternehmers dar, der neben seinen fixen auch die variablen Kosten zu berücksichtigen habe. Jeder Werkunternehmer habe stets die für die Erbringung einer bestimmten Leistung notwendigen Mannstunden neben dem eingesetzten Material zu kalkulieren, weshalb die Feststellungen des SG vielmehr auf das Vorliegen eines typischen Werkvertrages hindeuteten. Soweit das SG der späteren Geltendmachung von Mängelbeseitigungskosten keinen besonderen Beweiswert zumesse, setze dies einen bereits im Jahr 2004 Willen sämtlicher Beteiligten zur bewussten Verschleierung der durch das SG unterstellten

Arbeitnehmerüberlassung voraus. Dazu sei anzumerken, dass die Staatsanwaltschaft beim Landgericht H. auf Grundlage des Schlussberichts des Hauptzollamts B. die Ermittlungen wegen einer (vorsätzlichen) Ordnungswidrigkeit im Sinne des [§ 16 Abs 1 AÜG](#) mangels hinreichenden Tatverdachts gemäß [§ 170 Abs 2](#) Strafprozessordnung eingestellt habe. Angesichts der Tatsache, dass die Klägerin mit einigen wenigen Ausnahmen keine Leiharbeiter beschäftigt habe und bisher auch im Bereich der unerlaubten Arbeitnehmerüberlassung nicht in Anspruch genommen worden sei, könne ihr bzw ihren Mitarbeitern kein von einer einheitlichen Leitung ausgearbeiteter Gesamtplan zur Verschleierung einer nur einmal in Anspruch genommenen unerlaubten Arbeitnehmerüberlassung unterstellt werden. Im Hinblick auf das vom SG angenommene Fehlen einer ausreichenden betrieblichen Organisation sei darauf hinzuweisen, dass es der A. B. GmbH durchaus möglich gewesen sei, den Einsatz ihrer Arbeitnehmer vor Ort zu organisieren. Dies werde bereits durch die Schreiben vom 16.11. und 30.11.2004 sowie die Aussage des Prokuristen L. belegt, da die A. B. GmbH nach Aufforderung durch die Klägerin die in Verzug geratenen Arbeiten wieder aufgenommen habe, dh auf die bei ihr tätigen Arbeitnehmer entsprechenden Einfluss haben können. Zudem sei der Aussage des Zeugen L. zu entnehmen, dass die für die A. B. GmbH aufgetretenen Herren Sch. und W. durchaus als fachkundig anzusehen gewesen seien. Die Ausführungen der Maurerarbeiten selbst seien von den Auftraggebern der Klägerin unbestritten nicht beanstandet worden. Zudem sei die Auffassung des SG unzutreffend, dass das von ihm unterstellte Fehlen einer betrieblichen Organisation der A. B. GmbH zwingend zur Annahme einer Arbeitnehmerüberlassung führe. In der vom SG genannten Entscheidung (BAG 09.11.1994, [7 AZR 217/94](#)) werde ua ausgeführt: "Insgesamt muss das Unternehmen eine Struktur aufweisen, die ihm eine Tätigkeit ermöglicht, die über die bloße Zurverfügungstellung von Arbeitnehmern hinausgeht und die ihn in die Lage versetzt, die für ein Arbeitsverhältnis typischen Entscheidungen zu treffen (...). Fehlt es daran und ist zudem der vertragliche festgelegte Leistungsgegenstand derart unbestimmt, dass er erst durch Weisungen des Auftraggebers konkretisiert wird, liegt Arbeitnehmerüberlassung vor". Das alleinige Fehlen einer betrieblichen Organisationsstruktur auf Seiten des Auftragnehmers könne daher entgegen dem unzutreffenden redaktionellen Leitsatz eine Arbeitnehmerüberlassung nicht begründen. Das vom SG als maßgeblich herangezogene Kriterium des Vorhandenseins einer betrieblichen Organisationsstruktur sei daher auch in neueren Entscheidungen des BAG nicht mehr als relevant angesehen worden. Zudem sei der zwischen der A. B. GmbH und der Klägerin geschlossene Vertrag auch nicht schon deshalb gemäß [§ 134 BGB](#) ungültig, weil der Unternehmer unter Verletzung der Handwerksordnung nicht in die Handwerksrolle eingetragen sei (unter Hinweis auf [BGHZ 88, 240](#)). Im Übrigen wäre die vom SG Mannheim unterstellte und für die Überlassung von Arbeitnehmern typische Abrechnung nach Mannstunden nur durch ein zufälliges Übereinstimmen mit von den Parteien tatsächlich vorgenommenen Abrechnungen nach Aufmaß oder durch eine Manipulation der abgerechneten Massen zu erklären. Eine zufällige Übereinstimmung bei allen drei Bauvorhaben sei faktisch ausgeschlossen. Eine Manipulation der abgerechneten Massen zur Angleichung an eigentlich abzurechnende Mannstunden sei wegen dem Anerkenntnis der Aufmäße der Bauunternehmung B. GmbH ebenfalls ausgeschlossen. Diese gemeinsamen Aufmäße sowie die vereinbarten Einheitspreise seien damit Grundlage der von der A. B. GmbH gestellten Rechnungen gewesen. Für eine abweichende tatsächliche Handhabung lägen keine weiteren Anhaltspunkte vor. Dem Angebotsfax vom 23.08.2004 komme daher im Hinblick auf die maßgebliche tatsächliche Handhabung zwischen den Parteien keine Bedeutung zu.

Die Klägerin beantragt,

das Urteil des Sozialgerichts Mannheim vom 09.12.2011 und den Bescheid der Beklagten vom 15.04.2009 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 06.10.2009 aufzuheben.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie nimmt zur Begründung Bezug auf die Entscheidungsgründe des angefochtenen Urteils sowie ihre Bescheide.

Hinsichtlich der weiteren Einzelheiten des Sachverhalts und des Vorbringens der Beteiligten wird auf die Gerichtsakten beider Rechtszüge und die beigezogenen Ermittlungsakten des Hauptzollamts Bezug genommen.

Entscheidungsgründe:

Die Berufung der Klägerin hat keinen Erfolg.

Die nach den [§§ 143, 144 Abs 1 Nr 1, 151 Abs 1](#) Sozialgerichtsgesetz (SGG) form- und fristgerecht eingelegte Berufung der Klägerin ist zulässig, in der Sache jedoch nicht begründet. Das SG hat die Klage zu Recht abgewiesen. Der angefochtene Bescheid der Beklagten vom 15.04.2009 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 08.05.2009 ist rechtmäßig und verletzt die Klägerin nicht in ihren Rechten.

Rechtsgrundlage der angefochtenen Entscheidung der Beklagten ist [§ 28p Abs 1](#) Sätze 1 und [5 SGB IV](#) iVm [§ 28e Abs 1, 2](#) und [4 SGB IV](#) in der ab 01.01.2009 geltenden Fassung (Bek v 12.11.2009, [BGBl I 3710](#)). Nach [§ 28p Abs 1 Satz 5 SGB IV](#) erlassen die Träger der Rentenversicherung im Rahmen der Prüfung nach [§ 28p Abs 1 Satz 1 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. Nach [§ 28e Abs 1 Satz 1 SGB IV](#) hat "der Arbeitgeber" den Gesamtsozialversicherungsbeitrag zu zahlen. Arbeitgeber ist dabei zum einen derjenige, der unmittelbar mit dem Arbeitnehmer einen Arbeitsvertrag geschlossen hat und damit ein Beschäftigungsverhältnis iSv [§ 7 Abs 1 SGB IV](#) eingegangen ist. Im Falle der Arbeitnehmerüberlassung ist in arbeitsrechtlicher Hinsicht zudem der Entleiher Arbeitgeber des Leiharbeitnehmers, wenn der Vertrag zwischen dem Verleiher und dem Leiharbeiter nach [§ 9 Nr 1 AÜG](#), dh wegen Fehlens der erforderlichen Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung gemäß [§ 1 AÜG](#), unwirksam ist ([§ 10 Abs 1 Satz 1 AÜG](#)). Der illegale Verleiher und sein Entleiher haften auf gleicher Stufe für die Erfüllung der Zahlungspflichten, da sie nach [§ 28e Abs 2 Satz 4 SGB IV](#) Gesamtschuldner im Sinne des [§ 421 BGB](#) sind.

Die Klägerin haftet für die Zahlung des Gesamtsozialversicherungsbeitrags wegen illegaler Arbeitnehmerüberlassung. Die Firma A. B. GmbH war nicht im Besitz einer Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung. Dies entnimmt der Senat dem Schlussbericht des Hauptzollamts B. vom 25.04.2007. Die Klägerin hatte im Zeitraum vom 13.09.2003 bis 09.04.2005 sieben britische Arbeitnehmer von der A. B. GmbH entliehen. Dies steht zur Überzeugung des Senats aufgrund der Ermittlungen des Hauptzollamts B. und unter Berücksichtigung der von der Klägerin im

gerichtlichen Verfahren vorgelegten Unterlagen fest. Von einer nochmaligen Vernehmung der Zeugen hat der Senat abgesehen, da auch bei Unterstellung der von ihnen gemachten Angaben als wahr und somit ohne Berücksichtigung der vom SG dargestellten Zweifel an der Glaubhaftigkeit ihrer Angaben sich kein anderes Ergebnis ergäbe.

Maßgebend für die Abgrenzung zwischen Arbeitnehmerüberlassung und Werkvertrag ist der tatsächliche Geschäftsinhalt des Vertragsverhältnisses (vgl dazu und im Folgenden: Bundessozialgericht (BSG) 11.02.1988, [7 RAr 5/86](#); 19.03.1992, [7 RAr 34/91](#); 29.04.2004, [B 11 AL 3/04 R](#), jeweils juris mwN; BAG 13.08.2008, [7 AZR 269/07](#), juris). Der Arbeitnehmerüberlassungsvertrag ist auf die entgeltliche Zurverfügungstellung von Arbeitnehmern zur Arbeitsleistung bei einem Dritten gerichtet. Gegenstand eines Werkvertrages kann gemäß [§ 631 Abs 2 BGB](#) demgegenüber sowohl die Herstellung oder Veränderung einer Sache als ein anderer durch Arbeit oder Dienstleistung herbeizuführender Erfolg sein. Bei der Arbeitnehmerüberlassung werden dem Entleiher die Arbeitnehmer zur Verfügung gestellt. Ihm steht ein unmittelbares Weisungsrecht gegenüber den Arbeitnehmern zu. Diese sind voll in den Betrieb des Entleihers eingegliedert. Beim Werkvertrag wird der Unternehmer oder Subunternehmer für einen anderen tätig und organisiert die zur Erreichung des wirtschaftlichen Erfolges notwendigen Handlungen nach eigenen betrieblichen Vorstellungen. Dabei hat der Arbeitnehmer als sein Erfüllungsgehilfe vor allem nach seinen, des Werkunternehmers, Weisungen zu handeln. Der Erfüllungsgehilfe ist nicht in den Betrieb des Werkbestellers eingegliedert. Der Werkbesteller kann nur Anweisungen im Hinblick auf das in Auftrag gegebene Werk insgesamt geben. Über die rechtliche Einordnung eines Vertrages als Arbeitnehmerüberlassungsvertrag oder als Werk- oder Dienstvertrag entscheidet der Geschäftsinhalt und nicht die von den Vertragsparteien gewünschte Rechtsfolge oder eine Bezeichnung, die dem tatsächlichen Geschäftsinhalt nicht entspricht (BAG 30.01.1991, [7 AZR 497/89](#), juris).

Unter Anwendung dieser Abgrenzungskriterien ist vorliegend von einer Arbeitnehmerüberlassung und nicht von einem Werkvertrag zwischen der Klägerin und der A. B. GmbH auszugehen. Zwar übersieht der Senat nicht, dass die ausgeführten Arbeiten grundsätzlich einem Werkvertrag zugänglich sind. Es handelte sich um eine abgrenzbare, klar definierte Tätigkeit (Maurerarbeiten bei drei Baustellen), die Gegenstand einer öffentlichen Ausschreibung sein kann. Unter Berücksichtigung der gesamten Umstände des Einzelfalles kann vorliegend trotz Bezeichnung als Bauwerkvertrag nicht davon ausgegangen werden, dass die Klägerin und die A. B. GmbH einen Werkvertrag und keinen Arbeitnehmerüberlassungsvertrag geschlossen haben. In dem Angebot der A. B. GmbH vom 03.08.2004 werden qualifizierte Facharbeiter angeboten, die bereits am Folgetag anfangen könnten. Wörtlich lautet der Text: "Unsere Facharbeiter kosten 25,00 EUR/Std zzgl MWSt ohne weitere Nebenkosten bei einem wöchentlichen Zahlungseingang. Wir sind auch in der Lage, zu Festpreisen zu arbeiten." Dieses Angebot ist ganz klar und eindeutig auf einen Arbeitnehmerüberlassungsvertrag gerichtet. Auch der Bezug auf eine mögliche Tätigkeit zu Festpreisen ändert daran nichts, denn hier wird nicht die Herstellung eines Werks angeboten, sondern es werden verschiedene Abrechnungsmodalitäten im Rahmen der Arbeitnehmerüberlassung zur Disposition gestellt. Die Klägerin übersandte daraufhin einen Ausschnitt aus dem Leistungsverzeichnis, welches ihrem Vertrag als Subunternehmerin mit der Fa B. GmbH entnommen war. Anhand dieser Angaben schlossen die Beteiligten sodann den genannten "Bauwerkvertrag", in dem eine Abrechnung entsprechend dem Leistungsverzeichnis zu Festpreisen geregelt war. Dabei war nicht Gegenstand des Vertrags, dass das gesamte Baumaterial nebst Schneidegerät für die Steine von der Klägerin zur Verfügung gestellt werden sollte, wie dies tatsächlich gehandhabt wurde. Wäre vorliegend tatsächlich ein Werkvertrag gewollt gewesen und nicht nur eine Umgehung der Arbeitnehmerüberlassung, wäre dieser Punkt zwingend zu regeln gewesen, denn anhand des Leistungsverzeichnisses lässt sich ohne weiteres mit dem vorgegebenen Stundensatz von 25,00 EUR ein entsprechendes Angebot zu Festpreisen kalkulieren; wäre das Baumaterial mit einzukalkulieren, ergäbe sich indes ein ganz anderer Preis. Bei dem zweiten Vertrag hinsichtlich EFH W. und G.-H.-Straße S. wurde in gleicher Weise vorgegangen. Hinzu kommt, dass die A. B. GmbH als reine Briefkastenfirma im hier streitigen Zeitraum weder über Arbeitskräfte noch einen eigenen Geschäftsbetrieb, Bauhof oder Fuhrpark verfügte. Nach den Ermittlungen des Hauptzollamts B. war alleiniger Gegenstand der Firma die Überlassung von Arbeitskräften. Die von den Mitarbeitern der Klägerin als besonders sachkundig empfundenen Herren "Sch." und "W." waren zu keinem Zeitpunkt Mitarbeiter der A. B. GmbH, es handelte sich bei ihnen vielmehr nach den Feststellungen des Hauptzollamtes um niederländische Hintermänner. Die A. B. GmbH konnte demnach die hier im Streit stehenden Bauarbeiten mit eigenen Mittel überhaupt nicht ausführen. Auch dies spricht stark für Arbeitnehmerüberlassung, denn ein fachliches Weisungsrecht zur Erbringung einer Werkleistung konnte die A. B. GmbH rein tatsächlich gar nicht ausüben. Dem steht nicht entgegen, dass die A. B. GmbH die britischen Bauarbeiter dazu bewegen konnte, die Arbeit wieder aufzunehmen, nachdem sie an einem Tag nicht erschienen waren, denn der Verleiher schuldet die tatsächliche Zurverfügungstellung der Arbeitskräfte. Die Ausübung des Arbeitgeberweisungsrechts ist ein wesentliches Kriterium für die Abgrenzung zwischen Arbeitnehmerüberlassung und Werkvertrag (BAG 06.08.2003, [7 AZR 180/03](#), juris). Eine Eingliederung in die Arbeitsabläufe der Klägerin war damit denknotwendig verbunden. Zwar ist nach den Zeugenaussagen davon auszugehen, dass die britischen Maurer - als einzige Maurer auf der jeweiligen Baustelle - weitgehend eigenständig tätig waren, eine morgendliche Einweisung durch Mitarbeiter der Klägerin erfolgte jedoch, wie etwa der Zeuge E. bestätigt hat, auch eine Kontrolle der geleisteten Arbeit. Daneben mussten auch zwangsläufig die Maurerarbeiten mit den Betonarbeiten koordiniert werden, weshalb die britischen Maurer teilweise auf anderen Baustellen eingesetzt wurden, wenn etwa auf einer Baustelle wegen durchzuführender Betonarbeiten nicht gemauert werden konnte. All dies spricht für eine Eingliederung in den Betriebsablauf, wobei eine enge Einbindung aufgrund der zu erbringenden unkomplizierten Arbeiten (so etwa der Zeuge P.) schon nach der Natur der Sache nicht erforderlich war. Die erfolgte Abrechnung der Arbeiten durch A. B. GmbH nach Aufmaß spricht in der Gesamtschau vorliegend nicht gegen einen Arbeitnehmerüberlassungsvertrag, denn die Art der Abrechnung ist frei wählbar und damit kein sicherer Hinweis auf das Vorliegen eines Werkvertrags (BSG 27.08.1987, [2 RU 41/85](#), juris).

Nach Wertung aller für und gegen eine Arbeitnehmerüberlassung sprechenden Gesichtspunkte überwiegen somit zur Überzeugung des Senats die Anhaltspunkte für eine (illegale) Arbeitnehmerüberlassung. Damit haftet auch die Klägerin als Gesamtschuldnerin für die Beitragsansprüche, die für die britischen Arbeitnehmer als gegen Arbeitsentgelt beschäftigte und damit versicherungspflichtige Personen in der Kranken-, Pflege-, Renten- und Arbeitslosenversicherung entstanden waren ([§ 5 Abs 1 Nr 1](#) Fünftes Buch Sozialgesetzbuch, [§ 20 Abs 1 Satz 2 Nr 1](#) Elftes Buch Sozialgesetzbuch, [§ 1 Satz 1 Nr 1](#) Sechstes Buch Sozialgesetzbuch, [§ 25 Abs 1](#) Drittes Buch Sozialgesetzbuch).

Die Beklagte durfte den Gesamtsozialversicherungsbeitrag nach [§ 28f Abs 2 SGB IV](#) in einem Summenbescheid geltend machen. Nach dieser Regelung, die verfassungsrechtlich unbedenklich ist (Urteil des Senats vom 20.04.2010, [L 11 R 5269/08](#), juris), kann der prüfende Träger der Rentenversicherung den Beitrag in der Kranken-, Pflege- und Rentenversicherung und zur Arbeitsförderung von der Summe der vom Arbeitgeber gezahlten Arbeitsentgelte geltend machen, wenn ein Arbeitgeber die Aufzeichnungspflicht nicht ordnungsgemäß erfüllt hat und dadurch die Versicherungs- oder Beitragspflicht oder die Beitragshöhe nicht festgestellt werden können. Die Klägerin hat gegen die aus [§ 28a Abs 1](#), [§ 28e Abs 1 SGB IV](#) folgenden Pflichten zur Meldung und Beitragszahlung verstoßen (vgl hierzu auch die besondere Aufzeichnungspflicht im Baugewerbe nach [§ 28f Abs 1a SGB IV](#)). Deshalb konnte das Arbeitsentgelt nicht einem bestimmten Beschäftigten

zugeordnet werden. Satz 2 des [§ 28f Abs 2 SGB IV](#) stand dem Erlass eines Summenbescheides hier nicht entgegen. Danach gilt Satz 1 nicht, soweit ohne unverhältnismäßig großen Verwaltungsaufwand festgestellt werden kann, dass Beiträge nicht zu zahlen waren oder Arbeitsentgelt einem bestimmten Beschäftigten zugeordnet werden kann. Der Beklagten waren dahingehende Ermittlungen unter Beachtung des Gebots der Verhältnismäßigkeit des Verwaltungshandelns nicht möglich. Die Klägerin hat im Verwaltungs- und Widerspruchsverfahren keinerlei Angaben gemacht, die für die individuelle Beitragsfeststellung erforderlich wären. Der Beklagten selbst waren aus den Akten zwar die Namen der britischen Arbeitnehmer, nicht aber die vollständigen Adressen bekannt. Die an die Arbeitnehmer ausbezahlten Löhne konnten auch vom Hauptzollamt B. nicht ermittelt werden.

Gegen die Höhe der Beitragsforderung und die diesbezügliche Berechnung wendet sich die Klägerin nicht. Die Beklagte war nach [§ 28f Abs 2 Satz 3 SGB IV](#) berechtigt, die Höhe der Arbeitsentgelte zu schätzen. Zu den Schätzungsmethoden enthält das Gesetz keine ausdrückliche Regelung. Die Beklagte ist vorliegend mit der Heranziehung von 2/3 der Nettorechnungsbeträge von sachlichen und nachvollziehbaren Erwägungen ausgegangen, denn sie hat insoweit einen Vergleich mit dem Mindestlohn für Facharbeiter im Baugewerbe von 15,35 EUR angestellt. Ausgehend von einem Stundenverrechnungssatz von 23,00 EUR (zu Gunsten der Klägerin) entsprechen 15,35 EUR 66,74 %, so dass die Beklagte zutreffend das ortsübliche Entgelt iSv [§ 28f Abs 2 Satz 4 SGB IV](#) in ihre Schätzung einbezogen hat. Damit ist die Klägerin jedenfalls nicht benachteiligt. Etwaige Anhaltspunkte für Fehler bei der Berechnung der Beiträge sind nicht ersichtlich.

Die Forderung ist auch nicht verjährt. Nach [§ 25 Abs 1 SGB IV](#) verjähren Ansprüche auf Beiträge in vier Jahren nach Ablauf des Kalenderjahres, in dem sie fällig geworden sind. Beitragsansprüche der Versicherungsträger entstehen nach [§ 22 Abs 1 SGB IV](#), sobald ihre im Gesetz oder aufgrund eines Gesetzes bestimmten Voraussetzungen vorliegen und der Anspruch des Arbeitnehmers auf Arbeitsentgelt entstanden ist. Nach [§ 23 Abs 1 Satz 1 SGB IV](#) werden laufende Beiträge, die geschuldet werden, entsprechend den Regelungen der Satzung der Kranken- und Pflegekasse fällig. Nach der ab 01.01.2004 gültigen Fassung des [§ 23 Abs 1 Satz 2 SGB IV](#) wurden Beiträge, die nach dem Arbeitsentgelt zu bemessen sind, spätestens am Fünfzehnten des Monats fällig, der dem Monat folgt, in dem die Beschäftigung, mit der das Arbeitsentgelt erzielt wird, ausgeübt worden ist oder als ausgeübt gilt. Die für die Zeit vom 01.12.2004 bis 09.04.2005 geschuldeten Beiträge sind danach ohnehin nicht verjährt, da vor Ablauf der Verjährung am 31.12.2009 der Beitragsbescheid ergangen ist. Die Verjährungsfrist der Beiträge für die im Zeitraum vom 13.09.2004 bis 30.11.2004 ausgeübte Beschäftigung begann am 01.01.2005 zu laufen und hätte am 31.12.2008 geendet. Nach [§ 25 Abs 2 Satz 2 SGB IV](#) ist die Verjährung allerdings für die Dauer einer Prüfung beim Arbeitgeber gehemmt. Die Hemmung beginnt mit dem Tag des Beginns der Betriebsprüfung beim Arbeitgeber oder bei der vom Arbeitgeber mit der Lohn- und Gehaltsabrechnung beauftragten Stelle und endet mit der Bekanntgabe des Beitragsbescheides, spätestens nach Ablauf von sechs Kalendermonaten nach Abschluss der Prüfung ([§ 25 Abs 2 Satz 4 SGB IV](#)). Die Einleitung der Betriebsprüfung erfolgte spätestens mit Zugang des Anhörungsschreibens vom 31.10.2008, somit noch im Jahr 2008, wie die Stellungnahme der Klägerin vom 08.12.2008 beweist.

Säumniszuschläge hat die Beklagte vorliegend nicht erhoben.

Die Kostenentscheidung zu Lasten der Klägerin beruht auf [§ 197a Abs 1 SGG](#) iVm [§ 154 Abs 2](#) Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO), da weder sie noch die Beklagte zu den in [§ 183 SGG](#) genannten Personen gehören. Die außergerichtlichen Kosten der Beigeladenen sind ihr nicht aufzuerlegen, weil diese keine Anträge gestellt und damit auch kein Prozessrisiko auf sich genommen haben ([§ 197a Abs 1 SGG](#) iVm [§§ 154 Abs 3](#), [162 Abs 3 VwGO](#)).

Gründe für die Zulassung der Revision ([§ 160 Abs 2 Nrn 1 und 2 SGG](#)) liegen nicht vor.

Die Festsetzung des Streitwerts beruht auf [§ 197a Abs 1 Satz 1 Halbsatz 1 SGG](#) iVm [§ 63 Abs 2 Satz 1](#), [§ 52 Abs 2](#), [§ 47](#) Gerichtskostengesetz. Der Streitwert ist in Höhe der geforderten Gesamtsozialversicherungsbeiträge in Höhe von 27.831,21 EUR festzusetzen.

Rechtskraft

Aus

Login

BWB

Saved

2014-01-13