

L 11 R 4625/12

Land
Baden-Württemberg
Sozialgericht
LSG Baden-Württemberg
Sachgebiet
Rentenversicherung
Abteilung
11
1. Instanz
SG Stuttgart (BWB)
Aktenzeichen
S 4 R 3454/11
Datum
10.10.2012
2. Instanz
LSG Baden-Württemberg
Aktenzeichen
L 11 R 4625/12
Datum
14.10.2013
3. Instanz
Bundessozialgericht
Aktenzeichen

-
Datum

-
Kategorie
Urteil

Die Berufung der Klägerin gegen das Urteil des Sozialgerichts Stuttgart vom 10.10.2012 wird zurückgewiesen.

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

Der Streitwert für das Berufungsverfahren wird auf 34.987,66 EUR festgesetzt.

Tatbestand:

Die Beteiligten streiten über die Nachforderung von Sozialversicherungsbeiträgen für die Zeit vom 01.01.2005 bis 31.12.2008 iHv 34.987,66 EUR.

Die Klägerin ist eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung, die sich mit Maler-, Lackier- und Bodenarbeiten sowie dem Handel mit entsprechenden Produkten beschäftigt. Der Beigeladene zu 1) war seit 1999 als freier Handelsvertreter selbständig tätig. 2001 erweiterte er sein Gewerbe der Vermittlung von Bausparverträgen, Versicherungen und Kapitalanlagen um die Vermittlung von Investmentfonds. Der Beigeladene zu 1) schloss als Auftragnehmer mit der Klägerin als Auftraggeber, deren Geschäftsführer sein Cousin ist, folgenden Rahmen-Werkvertrag vom 07.07.2004:

Vertragsgegenstand (Werk)

Der Auftraggeber beauftragt den Auftragnehmer mit der Bearbeitung von in sich abgeschlossenen Projekten. Im Rahmen dieser Aufträge erteilt er dem Auftragnehmer einen Auftrag zur Erbringung der nachfolgend bezeichneten Leistungen: Eigenständige Planung der Maßnahmen Abstimmung der Maßnahmen und Meilensteine mit der Geschäftsleitung Eigenständige Durchführung der Projekte Projektabschluss mit Ergebnis und Erfolgskontrolle

Die detaillierte Aufgabenstellung wird je Projekt zwischen den Parteien vereinbart.

Die Vertragsparteien sind sich einig darüber, dass bei den Arbeiten ein Erfolg und nicht lediglich die Arbeitsleistung geschuldet ist. Der Auftragnehmer ist für die Planung und Durchführung der Arbeiten selbst verantwortlich. Der AN ist nicht weisungsgebunden. Der AN hat das Werk selbst zu erstellen. Anspruch auf Vergütung hat der AN nur dann, wenn der vereinbarte Vertragsgegenstand ordnungsgemäß erstellt wurde.

Ausführungsfrist Zeit und Ort der Leistungserbringung vereinbaren die Vertragsparteien im Einzelnen einvernehmlich. Der Auftragnehmer bestimmt seinen Arbeitsort und seine Arbeitszeit eigenverantwortlich.

Der Auftragnehmer verpflichtet sich jedoch, dem Auftraggeber mindestens zweimal in der Woche ganztätig in dessen hause zur Verfügung zu stehen. Der Auftraggeber stellt einen Arbeitsplatz innerhalb seiner Räumlichkeiten bereit.

Werklohn Der Auftragnehmer erhält vom Auftraggeber ein Pauschalhonorar. Die Honorarsumme wird je Projekt ausgehandelt. Mit dem Honorar sind auch Reisekosten und alle Auslagen abgegolten.

Können die an den Auftragnehmer vergebenen Leistungen zum Zeitpunkt der Bestellung nicht pauschaliert werden, erfolgt die Abrechnung

der Leistungen des Auftragnehmers auf zeitlicher Basis.

Der Auftragnehmer erhält einen Werklohn in Höhe von 15,00 Euro pro Stunde.

Zur Einhaltung von Projektmeilensteinen kann von der Projektleitung/Geschäftsführung Mehrarbeit angeordnet werden. Überstunden sind mit dem Honorarsatz bzw dem Werklohn abgegolten.

Alle genannten Beträge verstehen sich als Nettobeträge zuzüglich der jeweils gültigen Mehrwert- bzw. Umsatzsteuer.

Rechteübertragung

Der Werknehmer überträgt seine Rechte an dem Werk auf den Auftraggeber. Dieser ist berechtigt, die Ergebnisse uneingeschränkt und auf jede bekannte Art zu nutzen und ggf Schutzrechte zu erwirken.

Vertraulichkeit

Der Werknehmer wird die vom Auftraggeber erhaltenen Informationen uä vertraulich behandeln.

Versteuerung/Versicherung

Es ist ausschließlich Angelegenheit des Auftragnehmers, den Werklohn zu versteuern und sich, soweit er es für erforderlich erachtet, zu versichern.

Sonstige Ansprüche/Rentenversicherung

Mit der Zahlung der in diesem Vertrag vereinbarten Vergütung sind alle Ansprüche des Auftragnehmers gegen den Auftraggeber aus diesem Vertrag erfüllt.

Für die Versteuerung der Vergütung hat der Auftragnehmer selbst zu sorgen.

Der Auftragnehmer wird darauf hingewiesen, dass er nach [§ 2 Nr 9 SGB VI](#) rentenversicherungspflichtig sein kann, wenn er auf Dauer und im Wesentlichen nur für einen Auftraggeber tätig ist und keine versicherungspflichtigen Arbeitnehmer beschäftigt, deren Arbeitsentgelt aus diesem Beschäftigungsverhältnis regelmäßig 400,00 EUR im Monat übersteigt.

Kein Arbeitsverhältnis Durch diese Vereinbarung wird kein Arbeitsverhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer begründet.

Gerichtsstand Als Gerichtsstand wird Karlsruhe vereinbart.

Ebenfalls am 07.07.2004 schlossen Klägerin und Beigeladener zu 1) einen Werkvertrag über die Entwicklung eines Marketingsystems zur Neukundengewinnung und die Erstellung und Durchführung geeigneter Werbemaßnahmen für die verschiedenen Geschäftsbereiche der Klägerin. Vereinbart war ein Werklohn iHv 15,00 EUR pro Stunde.

Mit einem weiteren Werkvertrag vom 01.03.2006 wurde der Beigeladene zu 1) mit folgenden Aufgaben beauftragt: Pilotprojekt Abbruch: Vollständige Entwicklung einer geeigneten Containerlogistik für die Klägerin; Umstrukturierungsleitung im Bereich Kundenakquise von der Werbemaßnahme (Mailings, etc) über Kundenanfrage (inklusive Nachfassen) bis zur Erstellung der Kosteninformation; Testprojekt: Zahlungsverdankung (selbständige Entwicklung und Durchführung). Auch hier war ein Werklohn von 15,00 EUR pro Stunde vereinbart.

Mit Werkvertrag vom 01.08.2008 beauftragte die Klägerin den Beigeladenen zu 1) schließlich mit der vollständigen Übernahme (Ein- und Verkauf, Kundenbetreuung, Betreuung der Mitarbeiter und Baustellenleitung) einzelner Kundenprojekte (Aufträge) mit Beschäftigung von Mitarbeitern der Klägerin. Bei Bedarf konnte das Team selbständig mit Leiharbeitern ergänzt werden. Als Werklohn war eine Provision in Höhe des Nettoreingewinns (bezugnehmend auf die aktuelle Aufwandsberechnung der Klägerin) abzüglich 5 % vorgesehen, eventuelle Verluste bei Projekten waren zu verrechnen.

In den Jahren 2005 bis 2008 stellte der Beigeladene zu 1) der Klägerin monatliche Rechnungen, in denen er den Aufwand insgesamt pauschal abrechnete, zuzüglich Mehrwertsteuer. 2005 und 2006 wurden dabei monatlich jeweils 2000 EUR (inklusive Mehrwertsteuer) in Rechnung gestellt, mit Ausnahme der Monate Februar, September und Oktober 2006 (jeweils 1.500 EUR inklusive Mehrwertsteuer). Auch in der Folgezeit wurden weiterhin Aufwandspauschalen abgerechnet in wechselnder Höhe, in der Regel mit Beträgen um 2.000 EUR (inklusive Mehrwertsteuer), wobei das Minimum bei 1.285,20 EUR (Oktober 2007) und das Maximum bei 2.677,50 EUR (September 2008) - jeweils inklusive Mehrwertsteuer - lag. Die in Rechnung gestellten pauschalen Beträge wurden von der Klägerin an den Beigeladenen zu 1) auch tatsächlich ausgezahlt.

Die Beklagte führte im Zeitraum vom 29.09.2009 bis 17.06.2010 eine Betriebsprüfung bei der Klägerin für den Prüfzeitraum vom 01.01.2005 bis 31.12.2008 durch. Mit Schreiben vom 16.08.2010 hörte die Beklagte die Klägerin dazu an, dass der Beigeladene zu 1) nach ihren Feststellungen ein versicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis ausübe und daher die Nachforderung von Sozialversicherungsbeiträgen iHv insgesamt 41.050,46 EUR beabsichtigt sei. Hierzu nahm die Klägerin ausführlich Stellung.

Mit Bescheid vom 05.11.2010 stellte die Beklagte für den Prüfzeitraum 01.01.2005 bis 31.12.2008 eine Nachforderung von Sozialversicherungsbeiträgen für die Tätigkeit des Beigeladenen zu 1) von insgesamt 34.987,66 EUR fest. Nach den anlässlich der Betriebsprüfung getroffenen Feststellungen übe der Beigeladene zu 1) ein versicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis aus. Der Beigeladene zu 1) führe für die Klägerin selbständig Projekte von der Annahme bis zur Abwicklung durch. Des Weiteren veranstalte er Marketingaktionen zur Gewinnung von Neukunden. Er sei nach Angaben der Klägerin nicht als freier Handelsvertreter tätig, im Übrigen wäre

auch der von der Rechtsprechung entwickelte Grundsatz des "Ein-Firmen-Vertreters" als selbständiger Handelsvertreter vorliegend nicht anwendbar. Nach den Angaben der Klägerin könne der Beigeladene zu 1) seinen Arbeitsplatz frei wählen, in der Firma stehe ihm ein Arbeitsplatz mit Schreibtisch und Rechner zur Verfügung. Auch wenn er nicht ausschließlich am Betriebssitz der Klägerin tätig werde, erfolge eine Eingliederung in deren Arbeitsorganisation. Bezüglich der Ausübung der Tätigkeit unterliege der Beigeladene zu 1) keiner direkten Weisungsgebundenheit. Der Inhalt seiner Tätigkeit werde aber durch den gültigen und sachlich logischen Produktionsfluss der Firma geregelt. Auch wenn eine persönliche Einwirkung in Gestalt ausdrücklicher Weisungen nicht in Erscheinung trete, liege gleichwohl eine fremdbestimmte Dienstleistung vor, da die zu erfüllende Aufgabe von der Ordnung des Betriebes geprägt sei und die Arbeitskraft des Beigeladenen zu 1) im Dienste des Unternehmens eingesetzt werde. Daran ändere auch der Grad der selbständigen Ausführung der Tätigkeiten nichts. Das Weisungsrecht des Auftraggebers in Bezug auf Ort und Art und Weise der Tätigkeit ergebe sich aus dem jeweils erteilten Auftrag. Dabei verfeinere sich die Weisungsgebundenheit des Beigeladenen zu 1), wie bei Diensten höherer Art üblich, zur funktionsgerecht dienenden Teilhabe am Arbeitsprozess. Obwohl angeführt werde, dass der Beigeladene zu 1) seine Arbeitszeit frei gestalten könne, sei er in der Disposition seiner Arbeitszeit keineswegs frei, denn es bestehe eine tatsächliche Verpflichtung, die übertragenen Aufgaben zu einem bestimmten Zeitpunkt auszuführen. Die Arbeitszeit, die weit über einer 40-Stunden-Woche liege, wie sie auch für einen leitenden Angestellten typisch sei, sei kein Indiz für eine selbständige Tätigkeit. Ein gewichtiges Indiz für eine selbständige Tätigkeit sei das mit dem Einsatz eigenen Kapitals verbundene erhebliche Unternehmerrisiko. Der Beigeladene zu 1) setze keinerlei eigene Betriebsmittel ein, ebenso kein eigenes Kapital. Ein Unternehmerrisiko liege nicht schon darin, dass er möglicherweise über eine gewisse Zeit seine Arbeitskraft vergeblich aufwende. Dabei handle es sich nur um ein Einkommensrisiko. Ein Unternehmerrisiko bestehe nur dort, wo wirtschaftliche Verluste zu tragen seien. Der Beigeladene zu 1) setze ausschließlich die eigene Arbeitskraft ein und sei funktionsgerecht dienend in einer fremden Arbeitsorganisation tätig. Für die Nutzung der Räumlichkeiten der Klägerin müsse der Beigeladene zu 1) jeweils 5 % vom Nettorechnungsbetrag zahlen. Dies könne in der Praxis im Einzelfall eine finanzielle Verpflichtung für den Beigeladenen zu 1) bedeuten, wenn Verlust bei einer Auftragsdurchführung erzielt werde. Auf den gestellten Rechnungen des Beigeladenen zu 1) sei hinsichtlich der Kosten für die Nutzung der Räumlichkeiten indes nichts ersichtlich. Da der produktive Teil generell nicht von dem Beigeladenen zu 1) durchgeführt werde, würden diese Arbeiten an andere Mitarbeiter abgegeben, wenn es sich um Mitarbeiter der Klägerin handle, erfolge ein Provisionsabzug. Auch dieser Provisionsabzug sei auf den gestellten Rechnungen nicht ersichtlich. Die Entlohnung auf reiner Provisionsbasis spreche zwar indiziell für eine selbständige Tätigkeit, schließe aber grundsätzlich eine abhängige Beschäftigung nicht aus. Zu typischen Merkmalen unternehmerischen Handelns gehöre, dass Leistungen im eigenen Namen und auf eigene Rechnung erbracht würden. Der Beigeladene zu 1) sei ausschließlich im Namen der Klägerin und auf ihre Rechnung tätig. Insbesondere seien die Rechnungen und Kosteninformationen mit dem Logo der Firma gekennzeichnet. Dies sei ein starkes Indiz für eine abhängige Beschäftigung. Auch die Verkehrsanschauung spreche eher für eine abhängige Beschäftigung. Nach außen erscheine der Beigeladene zu 1) als Mitarbeiter der Klägerin. Er nehme an turnusmäßigen Besprechungen teil. Auch wenn keine Verpflichtung zur Teilnahme bestehe, sei diese nahezu selbstverständlich und nach Angaben der Klägerin gewinnbringend für alle Teilnehmer. Dass der Beigeladene zu 1) im Rahmen seiner Tätigkeit für Kundentermine ein Poolfahrzeug der Klägerin zur Nutzung zur Verfügung gestellt bekomme, sei für eine selbständige Tätigkeit ebenso unüblich, wie die Übernahme der Kosten für die etwa einmal im Jahr stattfindenden Fortbildungsmaßnahmen bzw. Weiterbildung der führenden Mitarbeiter, an denen der Beigeladene zu 1) teilnehme. Der Beigeladene zu 1) beschäftige im Rahmen seiner Tätigkeit auch keine versicherungspflichtigen Arbeitnehmer. Die Tatsache, dass keine Lohnfortzahlung im Krankheitsfall vereinbart worden sei und kein Anspruch auf bezahlten Urlaub bestehe, schließe die Annahme einer abhängigen Beschäftigung nicht aus, sie sei nur Ausfluss der Vereinbarung zwischen den Vertragsparteien. Bei der Gesamtwürdigung aller Umstände sei die Tatsache, dass der Beigeladene zu 1) auch als freier Handelsvertreter für F.-Produkte tätig sei, für die Beurteilung des hier maßgebenden Vertragsverhältnisses nicht maßgeblich. Nach Gesamtwürdigung aller relevanten Tatsachen überwiegen die Merkmale für ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis, weshalb Versicherungspflicht in allen Zweigen der Sozialversicherung bestehe.

Mit ihrem Widerspruch vom 20.12.2010 machte die Klägerin geltend, die Zusammenarbeit zwischen der Klägerin und dem Beigeladenen zu 1) habe mit einem Marketingkonzept zur Neukundengewinnung begonnen, welches bis einschließlich 2006 gelaufen sei. 10 % des neu produzierten Auftragsvolumens sei dabei durch den Beigeladenen zu 1) erzielt worden. Aufgrund einer schweren Erkrankung des Beigeladenen zu 1) im Jahr 2006 sei es zu keinem weiteren Werkvertragsabschluss mit anderen Auftraggebern gekommen, die Zusammenarbeit mit der Klägerin sei jedoch durchgehend fortgesetzt worden. Der Beigeladene zu 1) sei weiterhin mit Werkprojekten beauftragt worden, die er völlig frei und nach eigenem Ermessen habe ausführen können, auch unter ständiger Eigenständigkeit hinsichtlich Zeit, Dauer, Ort und Art der Arbeit. Ab Dezember 2006 sei eine provisionsbezogene Abrechnung eingeführt worden, ohne dass sich hinsichtlich der Ausführung der Tätigkeit uneingeschränkt weisungsfrei etwas geändert habe. Hierzu wurden Provisionslisten vorgelegt für den Zeitraum Dezember 2006 bis Dezember 2008, aus denen sich der Umsatz, der Aufwand der Klägerin und ein 5 %iger Abzug für Büro entnehmen lässt. Die insoweit errechneten Auszahlungsbeträge für den Beigeladenen zu 1) schwankten erheblich mit einem Minimum von 112,92 EUR im Januar 2008 und einem Maximum von 5.876,98 EUR im Juli 2007. Der tatsächliche Aufwand beinhalte alle Kosten, die mit dem Projekt im Zusammenhang gesetzt werden könnten, wie Löhne der produktiven Mitarbeiter, verwendete Materialien, Fahrzeugkosten etc. Die Büropauschale von 5 % der Rechnungssumme beinhalte Kosten für Büromaterial, Telefonkosten, Nutzung des Poolfahrzeugs, gelegentliche Nutzung des Arbeitsplatzes im Betrieb und andere Kleinkosten. Wenn das Projekt einen höheren Aufwand als die Rechnungssumme aufweise, werde der Verlustbetrag von dem Beigeladenen zu 1) getragen. Hierdurch werde deutlich, dass der Beigeladene zu 1) nicht eine bestimmte Tätigkeit, sondern den Erfolg schulde. Entscheidend sei, dass Verluste im Rahmen des Unternehmerrisikos vom Beigeladenen zu 1) in eigener Rechnung getragen würden. Der Beigeladene zu 1) nutze auch eigene Arbeitsmittel, insbesondere einen eigenen Computer und Drucker, sowie eigene Telefonapparate. Darüber hinaus benutze er zu etwa 90 % sein eigenes Fahrzeug und nur dann das Poolfahrzeug, wenn sein eigenes Fahrzeug nicht zur Verfügung stehe. Der Beigeladene zu 1) sei auch nicht in die Abläufe der Klägerin eingegliedert. Er sei hinsichtlich der Produktionsabläufe und Projektbesichtigungen frei. Es gebe auch keine Regelungen oder Vorschriften zu einer bestimmten Stundenanzahl, zu Beginn oder Ende der Dienstleistungstätigkeit oder einem bestimmten Arbeitspensum. Es gebe keinen Arbeits- oder Dienstplan, es werde weder Urlaubs- noch Krankengeld gezahlt. Der Beigeladene zu 1) erhalte keinerlei Weisungen, er könne alle Entscheidungen zur Auswahl des richtigen Materials, der korrekten Durchführung nach Zeit, Dauer, Ort und Art der Tätigkeit selbst treffen, es sei auch keine Kontrolle seitens des Auftraggebers erfolgt.

Mit Widerspruchsbescheid vom 13.05.2011 wies die Beklagte den Widerspruch zurück. Der Beigeladene zu 1) sei für die Klägerin für verschiedene Projekte zuständig, die er von der Annahme bis zur Abwicklung durchführe. Dabei würden die produktiven Arbeiten, wie zB Malerarbeiten, an andere Mitarbeiter der Klägerin vergeben. Diese Handhabung setze eine Einbindung des Beigeladenen zu 1) in die Arbeitsorganisation der Klägerin zwingend voraus. Ein Zugriffsrecht auf Personal der Klägerin von einem nicht in die Firma integrierten Außenstehenden erscheine unwahrscheinlich, da hierzu notwendigerweise Planungen zur Personaldeckung und Personaleinsatz vorhanden

sein müssten. Die Angabe des Beigeladenen zu 1), dass er seinen Arbeitsplatz frei wählen könne, sei nicht grundsätzlich ein Indiz für eine selbständige Tätigkeit. Er nehme häufig Außentermine wahr, sodass die freie Arbeitsplatzwahl in der Natur der Sache liege. Eigenes Kapital bzw eigene Betriebsmittel würden von dem Beigeladenen zu 1) nicht eingesetzt. Die gegenüber der Klägerin gestellten Rechnungen enthielten keinen Hinweis für eine Entlohnung auf Provisionsbasis unter Zahlung für die Nutzung der Räumlichkeiten der Klägerin iHv 5 % des Nettorechnungsbetrags. Die tatsächlich gestellten Rechnungen enthielten pauschale Rechnungsbeträge. Dabei seien auftretende Schwankungen der gezahlten Honorare mit dem Entgeltrisiko vergleichbar, welches stundenweise beschäftigte Arbeitnehmer zu tragen hätten. Der Beigeladene zu 1) verwerte lediglich seine Arbeitskraft und habe kein relevantes unternehmerisches Risiko getragen. Die vorgelegten Unterlagen ließen Hinweise auf ein tatsächliches unternehmerisches Risiko mit der Gefahr eines wirtschaftlichen Verlustes nicht erkennen. Für die Durchführung von Kundenterminen nutze der Beigeladene zu 1) die Poolfahrzeuge der Klägerin, er nehme an den regelmäßig einmal jährlich stattfindenden Fort- und Weiterbildungsmaßnahmen teil, die von der Klägerin finanziert würden. Auch an den regelmäßigen Dienstbesprechungen sei er wie andere Mitarbeiter der Klägerin beteiligt. Nach außen trete er sowohl über die Rechnungen und Kundeninformationen als auch im Rahmen von Internetauftritten im Namen der Klägerin in Erscheinung und werde im allgemeinen Geschäftsverkehr nicht als selbständig Tätiger wahrgenommen. Die Rechnungen und Kosteninformationen orientierten sich ebenfalls an den Leistungspreisen der Klägerin, eine freie Preisgestaltung obliege ihm nicht. Eine Statusentscheidung bezüglich einer selbständigen Tätigkeit des Beigeladenen zu 1) sei nicht erfolgt. Die vom Beigeladenen zu 1) im Jahr 1999 beantragte Befreiung von der Rentenversicherungspflicht für die Tätigkeit als freier Handelsvertreter sei mit Bescheid vom 03.05.2000 abgelehnt worden.

Hiergegen richtet sich die am 09.06.2011 zum Sozialgericht Stuttgart (SG) erhobene Klage der Klägerin. Sie führt zur Begründung nochmals aus, dass der Beigeladene zu 1) keinen Weisungen der Klägerin unterliege und auch nicht in deren Betriebsstruktur eingegliedert sei. Darüber sei es ihm ausdrücklich gestattet, auch für andere Auftraggeber tätig zu werden. So habe er sein Marketingkonzept auch anderen Handwerksbetrieben angeboten und sei in den Jahren 2007 und 2008 zB auch für das Fliesenfachgeschäft St. H. tätig gewesen. Der Beigeladene zu 1) habe seinen Arbeitsplatz bei der Klägerin während der Bürozeiten verlassen dürfen, er habe auch viel von zuhause, von seinem Home-Office aus, gearbeitet. Er sei nicht verpflichtet gewesen, an Dienstbesprechungen bzw Fortbildungsmaßnahmen der Klägerin teilzunehmen, auch wenn er dies auf eigenen Wunsch immer wieder getan habe. Bei der Auftragsabwicklung sei der Beigeladene zu 1) ebenfalls frei gewesen. Er habe die von ihm zum Teil auch selbst akquirierten Aufträge komplett abgewickelt und eigenverantwortlich kalkuliert. Hinsichtlich seiner Leistungen habe er eigene Rechnungen gegenüber der Klägerin mit Umsatzsteuernachweis gestellt. Im Einzelfall habe es durchaus sein können, dass der Beigeladene zu 1) an den Verlusten beteiligt gewesen sei, dh einen Abzug bei seiner Provisionsabrechnung habe hinnehmen müssen. Der Beigeladene zu 1) stelle der Klägerin monatlich einen Pauschalbetrag in Rechnung, am Jahresende erfolge sodann die Jahresabrechnung auf der Grundlage der Provisionsabrechnungen. Diese Abrechnungspraxis habe Vorteile für beide Seiten, da starke Schwankungen vermieden würden. Die Klägerin habe dem Beigeladenen zu 1) in der Vergangenheit angeboten, ihn als nicht selbständigen Arbeitnehmer einzustellen. Dies habe der Beigeladene zu 1) abgelehnt, weil er unabhängig hinsichtlich Zeit und Ort der Erbringung seiner Arbeitsleistung sein wollte und sein Unternehmen durch die Tätigkeit für andere Handwerksbetriebe weiter ausbauen wollte.

Das SG hat in der mündlichen Verhandlung am 10.10.2012 den Geschäftsführer der Klägerin und den Beigeladenen zu 1) persönlich angehört und sodann mit Urteil vom gleichen Tag die Klage abgewiesen. Zur Begründung hat es unter Darlegung der Abgrenzungskriterien für abhängige Beschäftigung und selbständige Tätigkeit im Wesentlichen ausgeführt, dass der Beigeladene zu 1) in den Betrieb der Klägerin integriert gewesen sei. Er habe zunächst ein Marketingkonzept entwickelt und später eigenständig Kundenprojekte von der Annahme bis zu Abwicklung durchgeführt. Die Kunden seien indes Kunden der Klägerin und nicht des Beigeladenen zu 1) gewesen. Die Aufträge seien jeweils bei der Klägerin eingegangen und diese habe auch die Rechnungen an die Kunden gestellt. Selbst wenn der Beigeladene zu 1) bevollmächtigt gewesen sei, ebenfalls Rechnungen auszustellen, sei dies im Namen der Klägerin und unter deren Firmenlogo geschehen. Der Beigeladene zu 1) habe sich bei der Ausübung seiner Tätigkeit der Infrastruktur der Klägerin bedient, er habe einen eigenen Arbeitsplatz gehabt und im Wesentlichen keine eigenen Arbeitsmittel benötigt. Unter Berücksichtigung der verantwortungsvollen Position stelle sich seine Tätigkeit wie die eines leitenden Angestellten dar. Gegen eine selbständige Tätigkeit sprächen auch die dem Beigeladenen zu 1) erteilten vergleichsweise pauschal gehaltenen Aufträge mit unbegrenzter Vertragslaufzeit. Bei Aufträgen an externe Selbständige für konkrete Projekte enthielten diese regelmäßig eine konkrete Vertragslaufzeit, einen Abgabetermin und eine detaillierte Leistungsbeschreibung, um bei späteren Unklarheiten das Haftungsrisiko zu minimieren. Bereits dies spreche für eine Eingliederung des Beigeladenen zu 1) in den Betrieb der Klägerin. Hierfür spreche ebenfalls der Internetauftritt der Klägerin, auf dem der Beigeladene zu 1) zusammen mit dem Geschäftsführer der Klägerin für den Profishop der Klägerin und nicht für ein eigenes Unternehmen werbe. Darüber hinaus befänden sich in der Verwaltungsakte der Beklagten Schriftstücke der Klägerin (ua benannt als Strategiepapiere) zum "Arbeitsplatz von M.", in denen die Tätigkeit des Beigeladenen zu 1), seine Weiterentwicklungsmöglichkeiten und Zukunftsperspektiven in der klägerischen GmbH diskutiert würden. Betrachtete man den Beigeladenen zu 1) tatsächlich als externen Berater, würde man solche Bemühungen nicht anstellen. Die Kammer gehe zudem davon aus, dass der Beigeladene zu 1) zur höchstpersönlichen Leistungserbringung verpflichtet gewesen sei. Von der in den Verträgen geregelten Berechtigung, eigene Arbeitnehmer zu beschäftigen, habe er in der Praxis keinen Gebrauch gemacht. Der Umstand, dass der Beigeladene zu 1) Tätigkeiten auf Mitarbeiter der Klägerin habe delegieren können, spreche eher für als gegen eine abhängige Beschäftigung, weil dies Folge seiner für die Klägerin ausgeübten Tätigkeit mit leitendem Charakter sei. Der Beigeladene zu 1) habe auch kein unternehmerisches Risiko zu tragen. Außer teilweise selbst gestellten Kommunikationsmitteln habe er keinerlei Betriebsmittel einsetzen und kein eigenes Kapital mit der Gefahr des Verlustes investieren müssen. Auch wenn sich das Entgelt tatsächlich stark am Umsatz orientiert habe, schließe dies die Annahme einer abhängigen Beschäftigung nicht aus. Die vom Beigeladenen zu 1) bei der Rechnungsstellung abzuziehende Büropauschale für die Nutzung der Betriebsräume der Klägerin könne nicht als Indiz für ein Unternehmerrisiko gewertet werden, da diese von den Umsätzen abgezogen werde und somit nur bei tatsächlich durchgeführten Aufträgen anfalle. Bei fehlenden Aufträgen und Einnahmen habe der Beigeladene zu 1) somit gerade keine Betriebsausgaben zu tragen. Ausschlaggebend sei auch nicht die Abführung von Umsatzsteuer. Dies sei nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung kein maßgebliches Indiz, da sich in der tatsächlichen Handhabung lediglich der Wille der Vertragspartner zeige, die Tätigkeit als eine selbständige zu behandeln. Gleiches gelte für den fehlenden Anspruch auf Lohnfortzahlung im Krankheitsfall bzw Urlaubsanspruch. Die Gesamtabwägung aller Umstände spreche zur Überzeugung der Kammer für das Vorliegen eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses.

Gegen das ihrem Bevollmächtigten am 29.10.2012 zugestellte Urteil richtet sich die am 06.11.2012 eingelegte Berufung der Klägerin. Das SG habe die für eine nicht abhängige Beschäftigung bestehenden Argumente nicht oder nicht ausreichend gewürdigt und die im Klageschriftsatz und im Sitzungsprotokoll enthaltenen Angaben nicht gewürdigt. Der Beigeladene zu 1) habe weit über die für Arbeitnehmer

im Betrieb der Klägerin geltende 40-Stunden-Woche hinaus gearbeitet. Die Arbeitszeit sei von ihm selbst bestimmt worden. Seine Tätigkeit unterscheide sich erheblich von der der Arbeitnehmer der Klägerin. Er sei 2004 ins Unternehmen der Klägerin geholt worden, um ein Marketingkonzept zu entwickeln. Mit dieser Aufgabe seien keine Arbeitnehmer der Klägerin betraut. Selbstverständlich seien hierdurch auch Neukunden für die Klägerin gewonnen worden, wobei die Rechnungsstellung an die Neukunden von der Klägerin erfolgte. Wie sich dem Sitzungsprotokoll entnehmen lasse, habe der Beigeladene zu 1) dann seinerseits Rechnungen pauschal an die Klägerin gestellt und dabei ua die unterschiedlichen Gewinne in den Monaten berücksichtigt. Bei höherem Gewinn habe er einen etwas niedrigeren Betrag pauschal in Rechnung gestellt, um einen Puffer für den nächsten Monat ansparen zu können. Verluste habe er selbst zu tragen gehabt. Grundsätzlich sei bei der Rechnungsstellung zu berücksichtigen, dass es sich bei dem Beigeladenen zu 1) und dem Geschäftsführer der Klägerin um Cousins handle und daher ein großes Vertrauensverhältnis hinsichtlich der Rechnungsstellung bestanden habe, weshalb nicht jede Rechnung des Beigeladenen zu 1) akribisch geprüft worden sei. Jedenfalls trage der Beigeladene zu 1) im Ergebnis ein unternehmerisches Risiko. Des Weiteren wiederholt und vertieft die Klägerin ihr Vorbringen aus dem Klageverfahren und weist ergänzend darauf hin, dass in der Verwaltungsakte befindlichen Schriftstücke der Klägerin (ua Strategiepapiere) nicht zwingend für eine abhängige Beschäftigung sprächen. Es sei zu berücksichtigen, dass es sich bei der Klägerin um einen Malerbetrieb handle und der Geschäftsführer - ebenfalls Maler - mit Verwendung der Worte bzw. Bezeichnungen nicht immer die richtige Rechtsbezeichnung verwende. Wie das SG zu der Annahme gelange, dass es sich bei dem Beigeladenen zu 1) um einen leitenden Angestellten handle, entziehe sich der Kenntnis der Klägerin. Jedenfalls habe er nicht über irgendwelche Weisungsrechte gegenüber den Arbeitnehmern der Klägerin verfügt und sei auch nicht zu Personalentscheidungen befugt gewesen.

Die Klägerin beantragt,

das Urteil des Sozialgerichts Stuttgart vom 10.10.2012 und den Bescheid der Beklagten vom 05.11.2010 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 13.05.2011 aufzuheben und festzustellen, dass der Beigeladene Ziffer 1) im Zeitraum vom 01.01.2005 bis zum 31.12.2008 bei der Klägerin nicht abhängig beschäftigt war.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie ist der Auffassung, der Beigeladene zu 1) sei nach den vorliegenden Unterlagen und Informationen für einen fremden Betrieb - die Klägerin - auf dessen Rechnung tätig geworden. Neben der Entwicklung und Umsetzung eines Marketingkonzepts habe er Aufträge für die Klägerin akquiriert, diese durchgeführt bzw. die Durchführung begleitet, Rechnungen in diesem Zusammenhang erstellt, Mitarbeiter der Klägerin in diesem Zusammenhang eingesetzt, den Einsatz und die Vermietung der so genannten "Verleihbar" organisiert und Auszubildende der Klägerin betreut. Darüber hinaus sei er ausweislich der internen Strategiepapiere und des Internetauftritts der Klägerin im Verkauf im so genannten "Profishop" tätig gewesen. Insgesamt seien Art und Umfang der Tätigkeit eindeutig durch die Klägerin und ihre betrieblichen Erfordernisse bestimmt. Der Beigeladene zu 1) sei deutlich in den Betrieb der Klägerin eingegliedert gewesen. Dem stehe der Vortrag, der Beigeladene zu 1) sei weitgehend eigenverantwortlich und weisungsfrei gewesen, nicht entgegen. Insbesondere drücke sich die Weisungsgebundenheit bei Diensten höherer Art nicht in konkreten Einzelweisungen aus, sondern sei zu einer funktionsgerecht am Betriebsprozessdienenden Teilhabe verfeinert. Im Übrigen sei unverändert nicht ersichtlich, dass der Beigeladene zu 1) in einem relevanten Umfang ein unternehmerisches Risiko getragen hätte. Allein der Einsatz der eigenen Arbeitskraft, der zu keinen Zeit vergütungslos geblieben sei, stelle kein unternehmerisches Risiko dar.

Die Beigeladenen haben keine Anträge gestellt.

Hinsichtlich der weiteren Einzelheiten des Sachverhalts und des Vorbringens der Beteiligten wird auf die Gerichtsakten beider Rechtszüge und die Verwaltungsakten der Beklagten Bezug genommen.

Entscheidungsgründe:

Die Berufung der Klägerin hat keinen Erfolg.

Die nach [§§ 143, 144, 151 Abs 1](#) Sozialgerichtsgesetz (SGG) form- und fristgerecht eingelegte Berufung ist statthaft und zulässig, in der Sache aber nicht begründet. Das SG hat die Klage zu Recht abgewiesen, denn der Bescheid der Beklagten vom 05.11.2010 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 13.05.2011 ist rechtmäßig und verletzt die Klägerin nicht in ihren Rechten. Die festgestellte Beitragsnachforderung für den Prüfzeitraum 01.01.2005 bis 31.12.2008 iHv 34.987,66 EUR ist nicht zu beanstanden.

Rechtsgrundlage für den streitgegenständlichen Bescheid ist [§ 28p](#) Sozialgesetzbuch Viertes Buch (SGB IV). Nach Abs 1 dieser Vorschrift prüfen die Träger der Rentenversicherung bei den Arbeitgebern, ob diese ihre Meldepflichten und ihre sonstigen Pflichten nach dem SGB IV, die im Zusammenhang mit dem Gesamtsozialversicherungsbeitrag stehen, ordnungsgemäß erfüllen; sie prüfen insbesondere die Richtigkeit der Beitragszahlungen und der Meldungen mindestens alle vier Jahre. Die Prüfung soll in kürzeren Zeitabständen erfolgen, wenn der Arbeitgeber dies verlangt. Die Einzugsstelle unterrichtet den für den Arbeitgeber zuständigen Träger der Rentenversicherung, wenn sie eine alsbaldige Prüfung bei dem Arbeitgeber für erforderlich hält. Die Prüfung umfasst auch die Lohnunterlagen der Beschäftigten, für die Beiträge nicht gezahlt wurden. Die Träger der Rentenversicherung erlassen im Rahmen der Prüfung Verwaltungsakte zur Versicherungspflicht und Beitragshöhe in der Kranken-, Pflege- und Rentenversicherung sowie nach dem Recht der Arbeitsförderung einschließlich der Widerspruchsbescheide gegenüber den Arbeitgebern; insoweit gelten [§ 28h Abs 2 SGB IV](#) sowie [§ 93](#) iVm [§ 89 Abs 5](#) des Zehnten Buches Sozialgesetzbuch (SGB X) nicht.

Personen, die gegen Arbeitsentgelt beschäftigt sind, unterliegen in der Kranken-, Pflege-, Renten- und Arbeitslosenversicherung der Versicherungs- bzw. Beitragspflicht ([§ 5 Abs 1 Nr 1](#) Fünftes Buch Sozialgesetzbuch, [§ 20 Abs 1 Satz 2 Nr 1](#) Elftes Buch Sozialgesetzbuch, [§ 1 Satz 1 Nr 1 SGB VI](#), [§ 25 Abs 1](#) Drittes Buch Sozialgesetzbuch). Beurteilungsmaßstab für das Vorliegen einer abhängigen Beschäftigung ist [§ 7 Abs 1 Satz 1 SGB IV](#). Danach ist Beschäftigung die nicht selbstständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis.

Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundessozialgerichts (BSG 24.01.2007, [B 12 KR 31/06 R](#), [SozR 4-2400 § 7 Nr 7](#); BSG 04.07.2007, [B 11a AL 5/06 R](#), [SozR 4-2400 § 7 Nr 8](#)) 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, Ort und Art 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 (zur Verfassungsmäßigkeit der Abgrenzung zwischen abhängiger Beschäftigung und selbstständiger Tätigkeit: Bundesverfassungsgericht (BVerfG) 20.05.1996, [1 BvR 21/96](#), [SozR 3-2400 § 7 Nr 11](#)). Maßgebend ist stets das Gesamtbild der Arbeitsleistung (vgl BSG 24.01.2007, [B 12 KR 31/06 R](#), [SozR 4-2400 § 7 Nr 7](#)).

Das Gesamtbild bestimmt sich nach den tatsächlichen Verhältnissen. Tatsächliche Verhältnisse in diesem Sinne sind die rechtlich relevanten Umstände, die im Einzelfall eine wertende Zuordnung zum Typus der abhängigen Beschäftigung erlauben. Ob eine Beschäftigung vorliegt, ergibt sich aus dem Vertragsverhältnis der Beteiligten, so wie es im Rahmen des rechtlich zulässigen tatsächlich vollzogen worden ist. Ausgangspunkt ist daher zunächst das Vertragsverhältnis der Beteiligten, so wie es sich aus den von ihnen getroffenen Vereinbarungen ergibt oder sich aus ihrer gelebten Beziehung erschließen lässt. Eine im Widerspruch zu ursprünglich getroffenen Vereinbarungen stehende tatsächliche Beziehung und die sich hieraus ergebende Schlussfolgerung auf die tatsächlich gewollte Natur der Rechtsbeziehung geht der nur formellen Vereinbarung vor, soweit eine - formlose - Abbedingung rechtlich möglich ist. Umgekehrt gilt, dass die Nichtausübung eines Rechts unbeachtlich ist, solange diese Rechtsposition nicht wirksam abbedungen ist. Zu den tatsächlichen Verhältnissen in diesem Sinne gehört daher unabhängig von ihrer Ausübung auch die einem Beteiligten zustehende Rechtsmacht (BSG 08.08.1990, [11 RAr 77/89](#), [SozR 3-2400 § 7 Nr 4](#); BSG 08.12.1994, [11 RAr 49/94](#), [SozR 3-4100 § 168 Nr 18](#)). In diesem Sinne gilt, dass die tatsächlichen Verhältnisse den Ausschlag geben, wenn sie von Vereinbarungen abweichen (BSG 01.12.1977, 12/3/12 RK 39,74, [BSGE 45, 199](#), 200 ff; BSG 04.06.1998, [B 12 KR 5/97 R](#), [SozR 3-2400 § 7 Nr 13](#); BSG 10.08.2000, [B 12 KR 21/98 R](#), [BSGE 87, 53](#), 56 = [SozR 3-2400 § 7 Nr 15](#); jeweils mwN). Maßgeblich ist die Rechtsbeziehung so wie sie praktiziert wird und die praktizierte Beziehung so wie sie rechtlich zulässig ist (vgl hierzu insgesamt BSG 29.08.2012, [B 12 KR 25/10 R](#), [SozR 4-2400 § 7 Nr 17](#) und [B 12 KR 14/10 R](#), juris).

Das SG hat in seiner Entscheidung zutreffend die rechtlich maßgeblichen Abgrenzungskriterien zugrunde gelegt und diese auch überzeugend und richtig gewürdigt. Auch nach Auffassung des Senats überwiegen hier die für eine abhängige Beschäftigung des Beigeladenen zu 1) sprechenden Gesichtspunkte, sodass dem Grunde nach Sozialversicherungspflicht besteht.

Der Beigeladene zu 1) hat für die Klägerin im hier streitigen Zeitraum verschiedene Projekte durchgeführt, zunächst 2005 und 2006 die Entwicklung eines Marketingkonzepts, danach das Pilotprojekt Abbruch, Umstrukturierung der Kundenakquise, Testprojekt Zahlungsverdankung und ab 01.08.2008 schließlich die vollständige Übernahme von Kundenprojekten. Derartige Tätigkeiten sind nicht nur im Rahmen von Arbeitsverhältnissen, sondern grundsätzlich auch als freier Mitarbeiter (Dienstvertrag) möglich. Für die Statusabgrenzung ist sowohl nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (BAG) als auch nach der Rechtsprechung des BSG nicht entscheidend, an wie vielen verschiedenen Vorhaben der Betreffende teilgenommen hat und ob er auch für andere Auftraggeber tätig ist bzw war (BAG 09.10.2002, 5 AzR 405/01, juris-RdNr 23). Erforderlich ist selbst im Rahmen eines Dauerrechtsverhältnisses stets eine Bewertung der einzelnen Arbeitseinsätze (BSG 28.05.2008, [B 12 KR 13/07 R](#), juris). Es ist daher allein auf die Tätigkeit des Beigeladenen zu 1) für die Klägerin abzustellen und nicht auf die daneben im streitigen Zeitraum ebenfalls ausgeübte Tätigkeit für einen anderen Handwerksbetrieb oder als freier Handelsvertreter für F.-Produkte.

Nach der Rechtsprechung des Senats ist ein gewichtiges Indiz für eine abhängige Beschäftigung der Umstand, dass der Vertragsgegenstand derart unbestimmt ist, dass er erst durch weitere Vorgaben oder eine Eingliederung in den Projektbetrieb konkretisiert wird (Senatsurteil vom 14.02.2012, [L 11 KR 3007/11](#), [NZS 2012, 667](#)). Dies ist auch hier der Fall. Nach dem zwischen der Klägerin und dem Beigeladenen zu 1) geschlossenen Rahmenvertrag sollte die detaillierte Aufgabenstellung je Projekt zwischen den Parteien vereinbart werden. Eine derartige Konkretisierung ist jedenfalls in den Werkverträgen vom 07.07.2004 und 01.03.2006, die nicht einmal konkrete Vertragslaufzeiten enthalten, nicht erfolgt, vielmehr ist die Aufgabenstellung allenfalls grob umrissen, genaue Zielvorgaben lassen sich nicht entnehmen. Mit dieser Leistungsbeschreibung allein ließe sich kaum eine Erfolgskontrolle der erbrachten Leistungen durchführen, wie es bei einem Werkvertrag erforderlich wäre. Damit sind die konkreten Arbeitsinhalte nicht durch den Vertrag selber geregelt, sondern die geschuldete Leistung ist derart unbestimmt, dass sie erst durch Weisungen des Auftraggebers konkretisiert wird, so dass eine Weisungsabhängigkeit vorliegt, die regelmäßig ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis begründet (Senatsurteil aaO, mwN). Dem steht nicht entgegen, dass das Weisungsrecht insbesondere bei Diensten höherer Art auch eingeschränkt und "zur dienenden Teilhabe am Arbeitsprozess verfeinert" sein kann, wenn der Beschäftigte nur in den Betrieb eingegliedert ist (BSG 18.12.2001, [B 12 KR 8/01 R](#), [SozR 3-2400 § 7 Nr 19](#)). Bei dem Werkvertrag vom 01.08.2008 handelt es sich um eine vollständige Übertragung der Durchführung einzelner Aufträge (Kundenprojekte) unter Einbeziehung der produktiven Mitarbeiter der Klägerin. Damit ist der Beigeladene zu 1) als Projektverantwortlicher vollkommen in die Betriebsabläufe der Klägerin integriert, wie sich schon aus den Aufgaben wie Kundenbetreuung, Betreuung der Mitarbeiter und Baustellenleitung ergibt. Denn er führt diese Aufgaben nicht unter Nutzung einer eigenen betrieblichen Struktur durch, sondern nutzt die komplette Infrastruktur der Klägerin einschließlich des Einsatzes von deren Mitarbeitern. Dies stellt sich wie die Tätigkeit eines leitenden Angestellten dar, auch wenn der Beigeladene zu 1), wie von der Klägerin vorgetragen, keine Personalhoheit hatte und insbesondere nicht über die Entlassung und Einstellung von Mitarbeitern entscheiden konnte.

Der Beigeladene zu 1) schuldet im Rahmen der hier allein streitigen Tätigkeit für die Klägerin auch eine höchstpersönliche Dienstleistung, wie sich aus dem Rahmenvertrag ergibt ("Der AN hat das Werk selbst zu erstellen"). Die Verpflichtung, Dienste persönlich zu erbringen und sich nicht Dritter als Erfüllungsgehilfen zu bedienen, ist ein wesentliches Merkmal abhängiger Beschäftigung (BSG 11.03.2009, [B 12 KR 21/07 R](#), juris).

Nach den Regelungen im Werk-Rahmenvertrag war der Beigeladene zu 1) nur verpflichtet, wöchentlich zwei volle Arbeitstage im Haus der Klägerin zur Verfügung zu stehen, weitere Vorgaben hinsichtlich der Arbeitszeit sind nicht ausdrücklich geregelt. Dies spricht für eine selbstständige Tätigkeit. Nach eigenen Angaben hat der Beigeladene zu 1) weit über eine 40-Stunden-Woche hinaus gearbeitet. Dies ist kein relevantes Kriterium, da auch bei leitenden Angestellten derartige Arbeitszeiten nicht unüblich sind. Jedenfalls ab vollständiger Übernahme von Kundenprojekten (ab 01.08.2008) war der war der Beigeladene zu 1) zudem hinsichtlich Zeit, Dauer, Ort und Art der Ausführung der Arbeiten nicht völlig frei, sondern sein Gestaltungsspielraum war schon aufgrund der Einbindung in den Projektbetrieb wegen der

erforderlichen Koordination äußerst begrenzt.

Ein wesentliches unternehmerisches Risiko hat der Beigeladene zu 1) vorliegend nicht getragen. Ein gewichtiges Indiz für eine selbstständige Tätigkeit ist das mit dem Einsatz eigenen Kapitals verbundene Unternehmerrisiko. Maßgebliches Kriterium für ein solches Risiko eines Selbstständigen ist, ob eigenes Kapital oder die eigene Arbeitskraft auch mit der Gefahr des Verlustes eingesetzt wird, der Erfolg des Einsatzes der tatsächlichen und sächlichen Mittel also ungewiss ist (BSG 12.12.1990, [11 RA 73/90](#), juris; BSG 28.05.2008, [B 12 KR 13/07 R](#), juris). Erhebliche eigene Betriebsmittel hat der Beigeladene zu 1) schon nach seinem eigenen Vortrag nicht eingesetzt, er hat sich lediglich zu Hause ein Home-Office eingerichtet. Er hatte auch nicht das Risiko zu tragen, ob der Einsatz seiner Arbeitskraft überhaupt mit einem Entgelt entlohnt wird, denn es erfolgte im hier streitigen Zeitraum eine pauschale Vergütung nach dem zeitlichen Aufwand des Beigeladenen zu 1). Aufgrund der Vertrauensstellung zwischen dem Geschäftsführer der Klägerin und dem Beigeladenen zu 1) erfolgte wohl auch keine genaue Abrechnung nach geleisteten Stunden, wie sie in den Verträgen vom 07.07.2004 und 01.03.2006 eigentlich vorgesehen war (ebenso "M. Zukunftsbrain 03.07.2004" Blatt I-141 der Verwaltungsakte). Eine rein erfolgsabhängige Vergütung war allenfalls ab 01.08.2008 vorgesehen mit der Regelung, dass der Beigeladene zu 1) als Vergütung den Nettoreingewinn aus dem konkreten Kundenauftrag abzüglich 5% erhalten sollte, wobei hier Verluste zu verrechnen waren. Insoweit käme theoretisch auch in Betracht, dass der Beigeladene zu 1) aus seiner Tätigkeit echte Verluste erzielen könnte, was für ein Unternehmerrisiko sprechen würde. Allerdings wurde diese Vereinbarung im hier streitigen Zeitraum noch nicht umgesetzt. Wie sich aus Blatt I-129 der Verwaltungsakte ergibt, muss der Beigeladene zu 1) erst seit 2009 alle Unkosten selbst decken. Dies wird auch durch den vorliegenden Auszug aus dem Buchungskonto der Klägerin für den Abrechnungszeitraum August bis Dezember 2008 belegt. Denn insoweit wurden an den Beigeladenen zu 1) die Beträge ausgezahlt, die er mit seinen pauschalen Abrechnungen gefordert hatte. Eine Jahresendabrechnung anhand der seit Dezember 2006 offenbar geführten Aufwandsberechnungen wurde nachweislich im hier streitigen Zeitraum nicht durchgeführt. So wurde auch die Abrechnung für Dezember 2007 (pauschal 1.340,00 EUR) nach dem handschriftlichen Buchungsvermerk am 18.01.2008 gezahlt, ohne dass eine Jahresendabrechnung erfolgt wäre. Hierzu hätte allerdings - wäre tatsächlich eine Abrechnung auf Provisionsbasis erfolgt - Veranlassung bestanden, denn pauschal hatte der Beigeladene im Jahr 2007 20.517,94 EUR netto (24.416,36 EUR inklusive Mehrwertsteuer) abgerechnet, tatsächlich hätte er nach den vorgelegten Provisionsabrechnungen 33.100,77 EUR liquidieren können. Es kann daher offenbleiben, ob bei tatsächlicher Durchführung der Abrechnung wie im Vertrag vom 01.08.2008 vorgesehen, ein maßgebendes Unternehmerrisiko vorläge und wie sich dies im Rahmen der Gesamtbewertung auswirken würde. Der Prüfzeitraum ab 01.01.2009 ist nicht Gegenstand des vorliegenden Verfahrens.

Schließlich ist der Beigeladene zu 1) im Rahmen der hier streitigen Tätigkeit auch nicht unternehmerisch am Markt auftreten. Er ist im Außenverhältnis namens und im Auftrag der Klägerin aufgetreten, Rechnungen an die Kunden erfolgten namens der Klägerin, an welche die Kunden auch gezahlt haben. Aktive Werbung hat der Beigeladene zu 1) für die Klägerin und nicht für einen eigenen Betrieb gemacht, wie sich der Homepage der Klägerin ([www ...de](#)) entnehmen lässt, auf der neben der Vorstellung des Profishops ein Bild gezeigt wird, auf dem namentlich benannt der Geschäftsführer der Klägerin, der Beigeladene zu 1) und ein weiterer Mitarbeiter in einem Lager zu sehen sind (Blatt II-26 Verwaltungsakte, Ausdruck vom 17.01.2011).

Im Hinblick auf die genannten Indizien, die überwiegend für eine abhängige Beschäftigung sprechen, ist es von untergeordneter Bedeutung, dass typische Merkmale einer abhängigen Beschäftigung wie zB festes Monatsgehalt, Urlaubsregelung und Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall fehlen. Solche Vertragsgestaltungen sind als typisch anzusehen, wenn beide Seiten eine selbstständige freie Mitarbeit wollten. Darüber hinaus ist die Überbürdung sozialer Risiken in Abweichung von der ansonsten das Arbeitsrecht prägenden Risikoverteilung nur dann ein maßgebliches Indiz für unternehmerisches Handeln, wenn damit auch tatsächlich Chancen einer Einkommenserzielung verbunden sind, also eine Erweiterung der unternehmerischen Möglichkeiten vorliegt (BSG 11.03.2009, [B 12 KR 21/07 R](#), juris). Dies ist im hier, wie oben ausgeführt, nicht der Fall.

Nach alledem ist im Rahmen der Gesamtbetrachtung davon auszugehen, dass vorliegend eine abhängige Beschäftigung gegeben ist.

Fehler in der Berechnung der Beiträge sind nicht ersichtlich und werden von der Klägerin auch nicht geltend gemacht. Die Beklagte hat die vom Beigeladenen zu 1) der Klägerin in Rechnung gestellten Beträge (ohne Umsatzsteuer) ihrer Berechnung zu Grunde gelegt und jeweils die aktuellen Beitragsätze berücksichtigt. Eine Hochrechnung nach [§ 14 Abs 2 SGB IV](#) ist nicht erfolgt.

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 01.01.2005 gültigen Fassung des [§ 23 Abs 1 Satz 2 SGB IV](#) (Gesetz vom 24.12.2003, [BGBl I 2954](#)) 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 01.12.2005 bis 31.12.2008 geschuldeten Beiträge sind danach ohnehin nicht verjährt, da vor Ablauf der Verjährung am 31.12.2010 der Beitragsbescheid ergangen ist. Die Verjährungsfrist der Beiträge für die im Zeitraum vom 01.01.2005 bis 30.11.2005 ausgeübte Beschäftigung begann am 01.01.2006 zu laufen und hätte am 31.12.2009 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 Betriebsprüfung begann am 29.09.2009 und war am 17.06.2010 abgeschlossen, weshalb die Verjährung bis zum Erlass des Beitragsbescheides am 05.11.2010 gehemmt war. Daher sind auch die Beiträge aus dem Zeitraum 01.01. bis 30.11.2005 nicht verjährt.

Säumniszuschläge hat die Beklagte vorliegend nicht erhoben.

Die Kostenentscheidung beruht auf [§ 197a Abs 1 SGG](#) iVm [§ 154 Abs 2](#) Verwaltungsgerichtsordnung.

Der Streitwert des Berufungsverfahrens wird nach [§ 197a SGG](#) iVm [§§ 63 Abs 1](#), [52 Abs 1](#) und 2 Gerichtskostengesetz auf die Höhe der streitigen Beitragsnachforderung von 34.987,66 EUR festgesetzt

Rechtskraft

Aus

Login

BWB

Saved

2013-10-18