

L 11 R 1862/12

Land
Baden-Württemberg
Sozialgericht
LSG Baden-Württemberg
Sachgebiet
Rentenversicherung
Abteilung
11
1. Instanz
SG Ulm (BWB)
Aktenzeichen
S 3 R 2947/10
Datum
23.04.2012
2. Instanz
LSG Baden-Württemberg
Aktenzeichen
L 11 R 1862/12
Datum
30.09.2014
3. Instanz
Bundessozialgericht
Aktenzeichen
-

Datum

-

Kategorie

Urteil

Auf die Berufung der Klägerin werden das Urteil des Sozialgerichts U. vom 23.04.2012 und der Bescheid der Beklagten vom 12.03.2010 in der Fassung des Änderungsbescheids vom 09.06.2010 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 17.08.2010 aufgehoben, soweit die Beklagte Säumniszuschläge für diejenigen Beiträge verlangt, die für die Beigeladenen zu 1) bis 6) nacherhoben werden. Im Übrigen wird die Berufung der Klägerin zurückgewiesen.

Von den Kosten des Verfahrens in beiden Rechtszügen trägt die Klägerin 7/8 und die Beklagte 1/8.

Der Streitwert wird für das Berufungsverfahren auf 78.804,27 EUR festgesetzt

Tatbestand:

Die Beteiligten streiten noch um eine Nachforderung an Gesamtsozialversicherungsbeiträgen in Höhe von insgesamt 58.872,77 EUR, zuzüglich Säumniszuschläge in Höhe von 19.931,50 EUR, insgesamt 78.804,27 EUR, betreffend den Prüfzeitraum 01.12.2004 bis zum 30.06.2008

Die Klägerin sowie P. H. (Beigeladener zu 1), J. G. (Beigeladener zu 3) und A. K. (Beigeladener zu 4) unterschrieben am 01.10.2004 einen handschriftlich ergänzten Vordruck mit der Überschrift "Gesellschaftsvertrag einer BGB-Gesellschaft." Ein bestimmter Zweck der Gesellschaft wurde nicht in das Formular eingetragen. Die Gesellschaft sollte den Namen "R.-GBR" führen und am 01.10.2004 beginnen. In § 5 Abs 1 des Vertrages wurde geregelt, dass die Gesellschafter jeweils Bareinlagen von je 200 EUR erbringen. Zur geschäftsführenden Gesellschafterin wurde die Klägerin bestimmt. Der Vordruck enthielt zu § 9 (Einnahmeüberschussrechnung) und § 13 (Tod eines Gesellschafters) mehrere Alternativen, ohne dass gekennzeichnet war, welche der Varianten gelten soll. Die Klägerin und die Beigeladenen zu 1), 3) und 4) meldeten außerdem am 08.10.2004 "Renovierungsarbeiten im und rund ums Haus" als G.rbe an. Unternehmenssitz war das Anwesen H. S.gasse, Sch. G., in dem sich zugleich der Sitz der Fa. G.-T. GmbH befand. Die Gesellschafter wechselten in der Folgezeit; zum 01.01.2006 wurden die slowakischen Staatsangehörigen M. T. (Beigeladener zu 2), Mi. To. (Beigeladener zu 6) und Ma. Ja. (Beigeladener zu 5) als Gesellschafter aufgenommen. Hierzu wurde ein neuer Gesellschaftsvertrag geschlossen, bei dem die Angabe eines Zwecks ebenfalls fehlt. Ende 2009 waren nur noch die Klägerin, P. H. (Beigeladener zu 1) und Mi. To. (Beigeladener zu 6) Gesellschafter. Die Beigeladenen zu 7) bis 12) waren ebenfalls für die R.-GBR tätig, unterzeichneten aber keinen Gesellschaftsvertrag.

Die G.-T. GmbH betreibt ua den An- und Verkauf von Immobilien; alleiniger Gesellschafter und Geschäftsführer der Gesellschaft ist der Ehemann der Klägerin. Die R.-GBR war ausschließlich für Projekte der Familie W. tätig. Die jeweiligen Gesellschafter der R.-GBR halfen dabei, die von der G.-T. GmbH, dem Ehemann der Klägerin oder der Klägerin selbst erworbenen Häuser zu renovieren. Die Rechnungen für diese Tätigkeiten wurden von der Klägerin im Namen der R.-GBR gestellt. Die Beigeladenen zu 1) bis 12) erhielten ihre Entlohnung von der Klägerin. Die R.-GBR stellte im Jahr 2010 ihren Geschäftsbetrieb ein.

Wegen des Verdachts des Vorenthaltens und Veruntreuens von Arbeitsentgelt leitete die Staatsanwaltschaft E. ein Ermittlungsverfahren gegen die Klägerin ein (41 Js 14137/08). Im Rahmen dieses Verfahrens wurden die Geschäftsräume der Klägerin bzw der R.-GBR am 06.11.2008 durchsucht. Außerdem wurden vom Hauptzollamt U. zahlreiche Vernehmungen durchgeführt. Den Schlussbericht vom 30.10.2009 übersandte das Hauptzollamt U. auch an die Beklagte. Nach der Durchsuchung stellten die Klägerin, der Beigeladene zu 1) und der Beigeladene zu 2) bei der Deutschen Rentenversicherung (DRV) Bund einen Antrag auf Feststellung des sozialversicherungsrechtlichen Status. Mit Bescheiden vom 24.04.2009 entschied die DRV Bund, dass die Tätigkeit der Klägerin, des P. H. und des M. T. als Gesellschafter der GbR im Bereich Sanierungsarbeiten bei der Fa. G.-T. GmbH seit September 2008 im Rahmen einer selbständigen Tätigkeit ausgeübt

wird.

Vom 18.11.2009 bis 05.02.2010 führte die Beklagte bei der R.-GBR eine Betriebsprüfung gemäß [§ 28p Abs 1](#) Sozialgesetzbuch Viertes Buch (SGB IV) iVm § 2 Abs 2 Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetz (SchwArbG) durch (Prüfzeitraum 01.12.2004 bis zum 30.06.2008). Im Rahmen dieser Prüfung kam die Beklagte zum Ergebnis, dass die beitragsrechtliche Beurteilung der bezahlten Entgelte nicht zutreffend erfolgt sei. Die neben der Klägerin weiter vorhandenen Gesellschafter, P. H. (Beigeladener zu 1) und M. T. (Beigeladener zu 2) sowie die ehemaligen Gesellschafter J. G. (Beigeladener zu 3.), A. K. (Beigeladener zu 4), Ma. Ja. (Beigeladener zu 5) und Mi. To. (Beigeladener zu 6) seien tatsächlich keine Gesellschafter gewesen, sondern sozialversicherungspflichtige Arbeitnehmer. Weiter seien die Subunternehmer Ma. Go. (Beigeladener zu 7) und Ro. St. (Beigeladener zu 8) nicht selbständig, sondern abhängig beschäftigt gewesen, da es an anderen Auftraggebern gemangelt habe. Zuletzt habe die Klägerin die Arbeitnehmer Al. Be. (Beigeladener zu 9), Bu. Ha. (Beigeladener zu 10), Na. Haz. (Beigeladene zu 11), Ka. Sch. (Beigeladene zu 12), Me. Hob. (Beigeladene zu 13) und O. La. auf 400,- EUR-Basis beschäftigt, obgleich diese tatsächlich mehr gearbeitet hätten. Einzelne Beteiligte wurden ergänzend vom Hauptzollamt vernommen. Die Prüffeststellungen wurden im Rahmen einer schriftlichen Anhörung der R.-GBR und der Klägerin am 05.02.2010 zur Kenntnis gegeben.

Mit Bescheid vom 12.03.2010 gab die Beklagte der R.-GBR, deren nunmehr einzig verbliebene Gesellschafterin die Klägerin war, auf, Sozialversicherungsbeiträge bzw Säumniszuschläge in Höhe von insgesamt 81.038,56 EUR (Säumniszuschläge: 20.623,50 EUR) zu entrichten. Zur Begründung wurden die Ergebnisse des Prüfverfahrens angeführt. Das Hauptzollamt U. habe ein Ermittlungsverfahren durchgeführt und dabei Geschäftsräume durchsucht, Unterlagen beschlagnahmt und (slowakische Staatsangehörige als) Zeugen vernommen. Die sozialversicherungsrechtliche Beurteilung sei auf der Grundlage der Ergebnisse des Ermittlungsverfahrens des Hauptzollamts durchgeführt worden. Die Ermittlungen des Hauptzollamts hätten ergeben, dass die Tätigkeit der R.-GBR in der Renovierung von (in schlechtem Bauzustand befindlichen) Immobilien bestanden habe, die die Klägerin und ihr Ehemann G. W. (günstig) erworben hätten. Die hierfür benötigten Arbeitskräfte habe man sich in der Slowakei (über Bekannte) verschafft und zur Umgehung ausländerrechtlicher Vorschriften und der Pflicht zur Zahlung von Sozialabgaben die R.-GBR gegründet. Die Arbeit in den Immobilien der Familie W. seien von Gesellschaftern der Klägerin (H. und T.) zusammen mit als Subunternehmer bezeichneten slowakischen Staatsangehörigen ausgeführt worden. Im Hinblick auf die (im Bescheid auszugsweise wiedergegebenen) Aussagen der vom Hauptzollamt vernommenen Zeugen sei davon auszugehen, dass durch die Gewerbeanmeldung bzw die Gründung der R.-GBR als Scheingeschäfte sozialversicherungspflichtige Beschäftigungsverhältnisse hätten verschleiert werden sollen, um der Beitragszahlung zu entgehen und sämtliche Risiken (etwa im Krankheitsfall) auf die Arbeitnehmer abzuwälzen. Die Gesellschafter H., T., G., K., Ja. und To. hätten als sozialversicherungspflichtige Beschäftigte gearbeitet. Gleiches gelte für die als Subunternehmer bezeichneten Ma. Go. und Ro. St. Die slowakischen Staatsangehörigen seien allesamt in den Betrieb der R.-GBR eingegliedert gewesen und hätten auf den Baustellen nach Weisung für Stundenlohn gearbeitet. Ein eigenes Unternehmerrisiko hätten sie nicht getragen, insbesondere kein eigenes Kapital eingesetzt und kein Haftungsrisiko getragen. Im Hinblick auf die persönlichen Voraussetzungen (kaum bzw keine Deutschkenntnisse, kein eigenes Kfz und kein Werkzeug, keine Büroräume, keine Werbung, keine eigenen Mitarbeiter) hätten sie auch gar nicht am Markt als Unternehmer auftreten können. Zuletzt habe die R.-GBR die Arbeitnehmer Al. Be., Bu. Ha., Na. Haz., Ka. Sch., Me. Hob. und O. La. auf 400-EUR-Basis beschäftigt, obgleich diese tatsächlich mehr gearbeitet hätten und hierfür "schwarz" (in bar) bezahlt worden seien. Die bei der Clearing-Stelle der Deutschen Rentenversicherung - nach erfolgter Durchsuchung der Geschäftsräume durch das Hauptzollamt U. - im Dezember 2008 eingeleiteten Statusfeststellungsverfahren und deren die Zeit ab September 2008 und das Verhältnis zur Fa. G.-T. GmbH betreffenden Ergebnisse (Bescheide vom 24.04.2009) seien für den hier maßgeblichen (davor liegenden) Zeitraum nicht von Belang.

Gegen den Bescheid vom 12.03.2010 erhob die Klägerin mit Schreiben vom 09.04.2010 Widerspruch und beantragte zusätzlich die Aussetzung der Vollziehung, was die Beklagte ablehnte.

Die Klägerin begründete den Widerspruch mit ihrer mangelnden wirtschaftlichen Liquidität, welche bei Zahlungspflicht eine Insolvenz zur Folge habe. Weiter seien weder Ka. Sch., noch O. La., noch Me. Hob. je für sie tätig gewesen. Diese hätten ihre Arbeit nur für die Firma ihres Ehemannes, die G.-T. GmbH, ausgeführt. Diese Firma sei lediglich unter der gleichen Anschrift gemeldet gewesen. Me. Hob. sei wie Ka. Sch. als Langzeitarbeitslose von der Firma G.-T. als unbezahlte Praktikantin beschäftigt gewesen. Bei O. La. handele es sich um einen Bekannten der Familie, der privat tätig gewesen sei. Für die einzelnen Gesellschafter sei von der Beklagten nicht berücksichtigt worden, dass diese in jedem Kalenderjahr mehrere Monate in der Slowakei gewesen seien und nicht gearbeitet hätten. Dies gelte insbesondere für die Gesellschafter J. G., P. H., A. K., M. T. und Ma. Ja. ... Ma. Go. und Ro. St. seien nur an vereinzelten Baustellen tätig gewesen und nie zusammenhängend über mehrere Monate. Es habe sich um eine selbständige Arbeit gehandelt. Insbesondere habe P. H. die Verantwortung auf den Baustellen übernommen. Die Klägerin führte weiter zu den Umständen ihrer Gründung aus. Hieraus sei ersichtlich, dass die slowakischen Gesellschafter sehr wohl selbständig gewesen seien. Die Vernehmung der beiden Gesellschafter im zollrechtlichen Verfahren begegne erheblichen Bedenken. Diese sei missverständlich gewesen, da ausschließlich ein tschechisch sprechender Dolmetscher anwesend gewesen sei. Beide würden dagegen slowakisch sprechen. Es sei insgesamt unzutreffend, dass die slowakischen Gesellschafter abhängig beschäftigt gewesen seien. Al. Be. habe nie mehr verdient als 350,- EUR. Bu. Ha. sei nur zur Probe beschäftigt gewesen, die Stundenaufzeichnungen seien nicht Gegenstand der Abrechnungen gewesen. Dasselbe gelte für Na. Haz.

Die Beklagte erließ den Änderungsbescheid vom 09.06.2010 (Bl 17 Verwaltungsakte), wonach sich die Nachforderung auf insgesamt EUR 81.061,34 erhöhte. Die Änderung ergab sich aus einer Änderung der Krankenversicherung von Me. Hob. (Beigeladene zu 13), welche im Zeitraum vom 25.08.2005 bis 30.09.2005 tatsächlich bei der IKK classic anstatt bei der AOK Baden-Württemberg versichert war. Im Übrigen bleibe es bei dem Bescheid vom 12.3.2010. Die Beklagte errechnete folgende Nachforderungsbeträge:

P. H. EUR 22.315,63 M. T. EUR 1.843,02 J. G. EUR 6.466,56 A. K. EUR 3.142,18 Ma. Ja. EUR 196,61 Mi. To. EUR 478,71 Ma. Go. EUR 4.704,21 Ro. St. EUR 5.775,38 Al. Be. EUR 2.003,29 Bu. Ha. EUR 1.144,25 Na. Haz. EUR 736,39 Ka. Sch. EUR 765,08 Me. Hob. EUR 1.554,07 O. La. EUR 9.301,46 Insgesamt: EUR 60.426,84 zuzüglich Säumniszuschläge EUR 20.634,50 Forderung gesamt: EUR 81.061,34

Der Änderungsbescheid wurde an "R. Trockenbau E. W." adressiert. Hierzu führte die Beklagte aus, Adressat von Nachforderungsbescheiden sei nicht die R.-GBR, da deren Gesellschafter in Wahrheit nicht selbständig erwerbstätig, sondern Beschäftigte der Klägerin bzw deren Einzelfirma seien.

Das staatsanwaltliche Ermittlungsverfahren wurde mit Verfügung der Staatsanwaltschaft E. vom 21.07.2010 mit Zustimmung des Gerichts

gemäß [§ 153 Abs 1 StPO](#) (unter Hinweis auf die Statusbescheide der DRV Bund vom 24.04.2009) eingestellt. Wegen als gering anzusehender Schuld bestehe kein öffentliches Interesse an der Strafverfolgung; der subjektive Tatbestand wäre kaum nachzuweisen.

Die Beklagte wies den Widerspruch mit Widerspruchsbescheid vom 17.08.2010 als unbegründet zurück. Zur Begründung führte sie insbesondere aus, dass die vermeintlichen Gesellschafter bei der Klägerin tatsächlich abhängig beschäftigt gewesen seien. Aktenkundig sei lediglich ein einziges Protokoll einer Gesellschafterversammlung, worin es um das Ausscheiden von Gesellschaftern gegangen sei und den Eintritt neuer. Die Beklagte verwies auf den Inhalt der Vernehmung von M. T. beim Hauptzollamt. Dieser habe offensichtlich keine Kenntnis davon gehabt, was eine Gesellschaft überhaupt darstelle. Er habe keine Einlage gezahlt. Gesellschafter sei er nur geworden, da er eine Arbeitsgenehmigung nicht erhalten können. Sämtliche Organisation erledige die Klägerin, M. T. erhalte einen Stundensatz für die von ihm erledigten Aufträge, genauso wie P. H. ... P. H. habe geäußert, dass er zwar im Großen und Ganzen wisse, was eine GbR sei, aber in der Slowakei nie selbständig gewesen sei und nur unzureichend ("40%") deutsch könne. Die Aussage zum Arbeitsablauf decke sich mit der von M. T. ... Verfügungsbefugnis über das Firmenkonto sei nicht eingeräumt worden, über eine entsprechende Vollmacht habe nur die Klägerin verfügt. Ein Büro sei ebenfalls nicht vorhanden gewesen. Ro. St. habe bei seiner Vernehmung angegeben, er habe ein Gewerbe angemeldet, jedoch alleine nicht arbeiten können, sondern immer nur zusammen mit Ma. Go. Eigene Angestellte gebe es nicht, die Klägerin kontrolliere stets die für sie geleistete Arbeit. Eigenes Kapital habe man, von einigen Werkzeugen abgesehen, nicht eingesetzt. Werbung werde nicht betrieben. Er bekomme jeden Monat sein Geld überwiesen. Das Problem bestehe darin, dass er die deutsche Sprache nicht verstehe. Die Beklagte stütze ihre Feststellungen weiter auf in den Betriebsräumen der Klägerin gefundene Tätigkeitsberichte der Gesellschafter und von Ma. Go. und Ro. St. ... Für die Mitarbeiter Be., Haz. und Ha. seien Gehaltsabrechnungen gefunden worden und Aufstellungen. Vergleichbares gebe es für Ka. Sch. Die Aufzeichnungen über Arbeitsstunden und Stundenlohn könnten eine Tätigkeit bei der Fa. G.-T. GmbH nicht betreffen, da sie dort erst ab 18.08.2006 gemeldet worden sei. Die Me. Hob. sei bei der Fa. G.-T. GmbH nicht angemeldet gewesen. Für O. La. habe man ebenfalls Unterlagen über die geleistete Arbeit aufgefunden. Dieser habe bei seiner Vernehmung angegeben, er sei gleichsam der Hausmeister; er habe die slowakischen Mitarbeiter beaufsichtigt und im Übrigen nur zugeschaut. Seine Vergütung habe zum Teil in kostenfreier Verpflegung bestanden. Die Klägerin sei insgesamt nur eine "leere Hülle" gewesen, die Gesellschafter seien bei der E. W. abhängig beschäftigt gewesen.

Am 20.08.2010 hat die R.-GBR Klage zum SG erhoben.

Daneben hat sie Antrag im einstweiligen Rechtsschutzverfahren auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung gestellt und von einem Steuerberater erstellte Gewinnermittlungen bzw Einnahme-Überschussrechnungen für die Jahre 2004 bis 2008 vorgelegt. Außerdem sind eidesstattliche Versicherungen von der Klägerin und ihrem Ehemann vorgelegt worden. Unter dem 17.09.2010 hat G. W. die Richtigkeit des Vorbringens zur Begründung des Widerspruchs bzw des Antrags auf vorläufigen Rechtsschutz versichert. Unter dem 28.09.2010 hat die Klägerin versichert, die GbR sei ungeachtet der faktischen Einstellung des Geschäftsbetriebs nicht liquidiert und erwarte noch einige Zahlungseingänge. Bei Vollstreckung der Nachforderung müsste Insolvenzantrag gestellt werden. Außer dem Einkommen aus der Beschäftigung bei der Fa. G.-T. GmbH habe sie weder Einkünfte noch pfändbares Vermögen. Unter dem 08.10.2010 hat die Klägerin ergänzend die Richtigkeit der Angaben des G. W. in dessen eidesstattlicher Versicherung vom 17.09.2010 versichert. Außerdem hat sie angegeben, die Abmeldung der GbR sei Anfang Oktober veranlasst worden. Das Geschäftsergebnis des Jahres 2009 entspreche ungefähr dem Ergebnis des Jahres 2008. Entsprechendes gelte für das Jahr 2010. Die GbR verfüge über kein pfändbares Vermögen oder werthaltige Gegenstände. Sie, die Klägerin, sei weder Eigentümerin von Kraftfahrzeugen noch von Immobilien und verfüge auch nicht über Lebensversicherungen oder Sparguthaben. Vermögenswerte seien nicht vorhanden, weshalb sie die Nachforderung aus ihrem Privatvermögen nicht begleichen könne.

Mit Beschluss vom 11.10.2010 (S 3 R 3250/10 ER) hat das SG den Antrag abgelehnt. Die hiergegen beim Landessozialgericht Baden-Württemberg erhobene Beschwerde der Klägerin ist erfolglos geblieben (Beschluss v. 02.02.2011, L 5 R 4880/10 ER-B).

Zur Begründung der Klage hat die Klägerin ihr Vorbringen aus dem Widerspruchsverfahren wiederholt und vertieft. Weiter trägt sie vor, dass der Geschäftsbetrieb Mitte 2010 eingestellt worden sei, da die Firma nicht tragfähig gewesen sei. Die Klägerin als frühere geschäftsführende Gesellschafterin sei nunmehr bei der Firma G.-T. als Angestellte tätig. Sie erhalte einen Monatslohn von unter 400,- EUR und widme sich ansonsten der Erziehung der minderjährigen Kinder. Das strafrechtliche Verfahren vor der Staatsanwaltschaft E. sei mit Verfügung vom 21.07.2010 eingestellt worden. Weiter habe die Deutsche Rentenversicherung bereits mit Bescheid vom 24.04.2009 festgestellt, dass es sich bei der R.-GBR um eine ordnungsgemäße GbR handle.

Die Beklagte ist der Klage entgegengetreten und hat auf die Begründungen in den angefochtenen Bescheiden Bezug genommen. Die Beklagte hat außerdem im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes ergänzend vorgetragen, die eidesstattliche Versicherung des G. W., in der (angebliche) Tatsachenbehauptungen und rechtliche Wertungen vermengt seien, müsse im Licht der übrigen Beweismittel gewürdigt werden. Eine unbillige Härte liege nicht vor. Die Einstellung eines Gewerbebetriebes drohe nicht, da dieser bereits eingestellt worden sei. Die Einstellungsverfügung der Staatsanwaltschaft beruhe lediglich auf Beweisschwierigkeiten hinsichtlich des subjektiven Tatbestands der Tatvorwürfe, wobei die Staatsanwaltschaft hierfür die Statusbescheide der Deutschen Rentenversicherung Bund vom 24.04.2009 angeführt habe. Beitragsschuldner sei die Klägerin, über deren Vermögensverhältnisse nichts Näheres bekannt sei.

Das SG hat im Rahmen der mündlichen Verhandlung vom 23.04.2012 Beweis erhoben durch die Vernehmung des Zeugen G. W. Außerdem sind die Beteiligten, darunter teils die Beigeladenen, gehört worden.

Mit Urteil vom 23.04.2012 hat das SG die angefochtenen Bescheide in geringem Umfang abgeändert. Lediglich die Nachforderung betreffend die Beigeladene zu 13) sei zu Unrecht erhoben. Deren Angabe, sie habe zu keinem Zeitpunkt für die Klägerin gearbeitet, sei glaubhaft, weshalb die Erhebung der Beiträge in Höhe von 1.554,07 EUR zzgl der hierauf entfallenden Säumniszuschläge rechtswidrig sei. Im Übrigen seien die Bescheide rechtmäßig und würden die Klägerin nicht in ihren Rechten verletzen. Bei den "Gesellschaftern" P. H., M. T., J. G., A. K. und Ma. Ja. habe es sich tatsächlich um abhängig Beschäftigte gehandelt, dasselbe gelte für die Subunternehmer Ma. Go. und Ro. St. Bei den Aushilfen O. La., Ba. Haz., Na. Haz., Al. Be. und Ka. Sch. habe es sich um sozialversicherungspflichtige Arbeitnehmer nach [§ 7 Abs 1 SGB IV](#) gehandelt, nicht nur um eine geringfügig Beschäftigte nach [§ 8 Abs 1 Nr 1 SGB IV](#).

Gegen das ihren Prozessbevollmächtigten am 30.04.2012 gegen Empfangsbekenntnis zugestellte Urteil des SG hat die Klägerin am

02.05.2012 Berufung beim Landessozialgericht Baden-Württemberg eingelegt. Das SG habe im Rahmen der Beweiswürdigung auf ein "Gesamtbild" abgestellt und nicht auf die Umstände des Einzelfalles bei den jeweiligen Gesellschaftern. Das SG habe Teile der Zeugenaussagen von P. H. und M. T. vor dem Hauptzollamt verwertet und andere Beweisangebote ignoriert. Entsprechendes gelte hinsichtlich der Subunternehmer für die Aussagen von Go. und St. bzw hinsichtlich der Aushilfskräfte für die Aussage von O. La. Im Übrigen stütze sich das Sozialgericht auf Stundenaufzeichnungen. Das sei insgesamt rechtsfehlerhaft. Bei zahlreichen Zeugen sei ein hinreichend sprachkundiger Dolmetscher nicht eingesetzt worden. Außerdem habe man vorformulierte und tendenzielle Fragen gestellt, die auch deutsche Staatsbürger kaum zutreffend beantworten könnten, wie etwa die Frage nach der Bedeutung einer GbR. Das Zustandekommen der persönlichen Kontakte, die zur Entstehung der GbR geführt hätten, habe das Sozialgericht ebenfalls nicht ausreichend bedacht. Gleiches gelte für die Umstände, unter denen Go. und St. nach Deutschland gekommen seien, um hier zu arbeiten. Hiernach habe man beim Hauptzollamt U. gar nicht gefragt. Die einzelnen Mitgesellschafter seien nach Arbeitsaufwand, Umfang der Verantwortung und konkreter Tätigkeit entlohnt worden; die Gewinnanteile seien auf Stundenbasis verteilt worden. Den vorgelegten eidesstattlichen Versicherungen komme erhebliche Beweiskraft zu. Es liege außerdem eine unbillige Härte vor. Die vollstreckenden Krankenkassen machten eine Stundung der Beiträge von der Zahlung monatlicher Raten in Höhe von jeweils mehreren 100 EUR abhängig. Der Klägerin könnten keineswegs sämtliche Vermögensgegenstände der aus zahlreichen Personen bestehenden Familie W. zugerechnet werden. Schließlich müsse auch die Einstellung des staatsanwaltlichen Ermittlungsverfahrens berücksichtigt werden; eine Verurteilungswahrscheinlichkeit hätten die Staatsanwaltschaft und das Strafgericht nicht angenommen.

Die Klägerin beantragt,

das Urteil des Sozialgerichts U. vom 23.04.2012 und den Bescheid der Beklagten vom 12.03.2010 in der Fassung des Änderungsbescheides vom 09.06.2010 in der Gestalt des Widerspruchbescheides vom 17.08.2010 aufzuheben.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie nimmt auf die Begründungen der angefochtenen Bescheide und auf die Ausführungen des SG in den Entscheidungsgründen des Urteils vom 23.04.2012 Bezug.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sachverhalts und des Vorbringens der Beteiligten wird auf die Akte des Senats sowie die beigezogenen Akten des SG und der Beklagten Bezug genommen.

Entscheidungsgründe:

Die nach den [§§ 143, 144, 151 Abs 1](#) Sozialgerichtsgesetz (SGG) form- und fristgerecht eingelegte Berufung der Klägerin ist statthaft, zulässig aber nur teilweise begründet. Die Festsetzung von Säumniszuschlägen für die auf die Beigeladenen zu 1) bis 6) entfallenden Beiträge erfolgte zu Unrecht. Im Übrigen hat das SG die Klage zu Recht weitgehend abgewiesen. Die Beklagte hat die noch in Rede stehenden, ehemaligen Gesellschafter der R.-GBR bzw die als Subunternehmer bezeichneten Personen zu Recht als versicherungspflichtig Beschäftigte eingestuft und der Klägerin die Nachzahlung der deswegen angefallenen Sozialabgaben aufgegeben. Entsprechendes gilt für die Nachforderung von Sozialabgaben für die als geringfügig Beschäftigte gemeldeten Arbeitnehmer.

Nachdem die ursprünglich für die R.-GBR erhobene Klage nach deren Auflösung nicht mehr existent ist, ist die Klage für die Klägerin persönlich zu führen, wie das SG zutreffend ausgeführt hat und das Aktivrubrum in dieser Hinsicht zu berichtigen gewesen, wie vom SG vorgenommen. Die Klägerin hat die angefochtenen Bescheide auch stets selbst erhalten.

Die angefochtenen Bescheide sind formell rechtmäßig. Sie sind nach erfolgter Anhörung der Beteiligten ergangen.

Rechtsgrundlage für den Erlass des angefochtenen Beitragsbescheides ist [§ 28p Abs 1 SGB IV](#). Danach prüfen die Träger der Rentenversicherung bei den Arbeitgebern, ob diese ihre Meldepflichten und ihre sonstigen Pflichten nach dem SGB IV erfüllen und erlassen im Rahmen dessen Verwaltungsakte zur Versicherungspflicht und zur Beitragshöhe in den einzelnen Sozialversicherungszweigen. Für die Zahlung von Beiträgen von Versicherungspflichtigen aus Arbeitsentgelt zur gesetzlichen Krankenversicherung, gesetzlichen Rentenversicherung, Arbeitslosenversicherung und sozialen Pflegeversicherung gelten nach [§ 253](#) Fünftes Buch Sozialgesetzbuch (SGB V), [§ 174 Abs 1](#) Sechstes Buch Sozialgesetzbuch (SGB VI) sowie [§ 60 Abs 1 Satz 2](#) Elftes Buch Sozialgesetzbuch (SGB XI) die Vorschriften über den Gesamtsozialversicherungsbeitrag ([§§ 28d bis 28n](#) und [28r SGB IV](#)). Diese Vorschriften gelten nach [§§ 1 Abs 1 Satz 2 SGB IV](#), [§ 348 Abs 2](#) Drittes Buch Sozialgesetzbuch (SGB III) auch für die Arbeitsförderung. Nach [§ 28e Abs 1 Satz 1 SGB IV](#) hat der Arbeitgeber den Gesamtsozialversicherungsbeitrag zu zahlen. Als Arbeitsentgelt gelten gemäß [§ 14 Abs 1 Satz 1 SGB IV](#) alle laufenden oder einmaligen Einnahmen aus einer Beschäftigung, gleichgültig, ob ein Rechtsanspruch auf die Einnahmen besteht, unter welcher Bezeichnung oder in welcher Form sie geleistet werden und ob sie unmittelbar aus der Beschäftigung oder im Zusammenhang mit ihr erzielt werden. Um das Bestehen von Versicherungs- und Beitragspflicht sowie ggf die Höhe der zu entrichtenden Beiträge feststellen zu können, war es schon immer eine selbstverständliche Pflicht des Arbeitgebers, hierüber geeignete Aufzeichnungen anzufertigen. Diese Pflicht ist seit 1989 ausdrücklich in [§ 28f Abs 1 Satz 1 SGB V](#) normiert (Baier in Krauskopf, Soziale Krankenversicherung Pflegeversicherung, [§ 28f SGB IV](#) RdNr 3).

Beurteilungsmaßstab für das Vorliegen einer abhängigen Beschäftigung ist [§ 7 Abs 1 SGB IV](#). Die Bestimmung in [§ 7 Abs 4 SGB IV](#), wonach ein Beschäftigungsverhältnis für die Dauer von drei Monaten vermutet wird, wenn ein Arbeitgeber einen Ausländer ohne die nach [§ 284 Abs 1 SGB III](#) erforderliche Genehmigung beschäftigt, ist zum 01.01.2012 in Kraft getreten und findet auf den vorliegenden Fall keine Anwendung. Nach [§ 7 Abs 1 Satz 1 SGB IV](#) ist Beschäftigung die nichtselbstständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis. Anhaltspunkte für eine Beschäftigung sind nach [§ 7 Abs 1 Satz 2 SGB IV](#) eine Tätigkeit nach Weisung und eine Eingliederung in die Arbeitsorganisation des Weisungsgebers. 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 selbständige Tätigkeit vornehmlich durch das eigene Unternehmerrisiko, das Vorhandensein einer eigenen Betriebsstätte, die Verfügungsmöglichkeit über die eigene Arbeitskraft und die im Wesentlichen frei gestaltete Tätigkeit und Arbeitszeit gekennzeichnet. Ob jemand abhängig beschäftigt oder selbständig tätig ist, hängt davon ab, welche Merkmale überwiegen (zur Verfassungsmäßigkeit der Abgrenzung zwischen abhängiger Beschäftigung und selbständiger Tätigkeit Bundesverfassungsgericht 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).

Nach den genannten Grundsätzen gelangt der Senat unter Abwägung aller Umstände zu der Überzeugung, dass die Beklagte die Beitragspflicht betreffend er noch im Streit befindlichen Personen zutreffend festgestellt hat; die Beigeladenen zu 1) bis 12) waren bei der Klägerin im streitgegenständlichen Zeitraum abhängig sozialversicherungspflichtig beschäftigt, weshalb Versicherungspflicht in der gesetzlichen Kranken- und Rentenversicherung, in der sozialen Pflegeversicherung sowie nach dem Recht der Arbeitsförderung bestand. Die Klägerin ist daher zur Nachentrichtung von Sozialversicherungsbeiträgen in Höhe von 58.872,77 EUR verpflichtet. Das SG hat in seiner Entscheidung zutreffend die rechtlich maßgeblichen Abgrenzungskriterien zugrunde gelegt und diese auch überzeugend und richtig gewürdigt.

Ausgangspunkt der Prüfung bei den Beigeladenen zu 1) bis 6) sind die von diesen mit der Klägerin abgeschlossenen Gesellschaftsverträge einer BGB-Gesellschaft. In diesen ist jedoch gerade kein bestimmter Zweck der Gesellschaft genannt ist, obgleich die Erreichung eines gemeinsamen Zwecks ein konstitutives Element einer jeden GbR ist ([§ 705](#) Bürgerliches Gesetzbuch - BGB). Daraus folgt zunächst, dass jedenfalls durch diese Verträge keine GbR gegründet worden ist. Zwar kann eine BGB-Gesellschaft auch durch konkludentes Verhalten entstehen. Die tatsächlichen Verhältnisse rechtfertigen jedoch nicht die Annahme einer GbR, sondern sprechen für das Vorliegen abhängiger Beschäftigungsverhältnisse auch zwischen der Klägerin und den Beigeladenen zu 1) bis 6). Dies folgt insbesondere aus der praktizierten Verteilung des Gewinns und Verlusts (vgl [§§ 721 f BGB](#)). Nach dem Vortrag der Klägerin wurden die Beigeladenen zu 1) bis 6) nach Arbeitsaufwand, Umfang der Verantwortung und konkreter Tätigkeit entlohnt. Die Gewinnanteile wurden auf Stundenbasis verteilt. Dabei handelt es sich um die typische Entlohnung abhängig Beschäftigter. Ein Unternehmerrisiko bestand für die Beigeladenen zu 1) bis 6) schon deshalb nicht, weil sie unabhängig davon, ob überhaupt ein Gewinn erzielt wurde, der hätte verteilt werden können, für ihre Tätigkeit entlohnt wurden.

Aus den Feststellungen des Hauptzollamts und den Angaben der Beigeladenen ergibt sich zudem folgender äußerer Rahmen: Als Unternehmer am Markt ist letztendlich allein die Klägerin aufgetreten. Die Eheleute W. haben - ua über die Fa G.-T. GmbH - renovierungsbedürftige Gebäude aufgekauft, mit dem Ziel, diese nach der Instandsetzung wieder (mit Gewinn) zu veräußern. Für die notwendigen Renovierungsarbeiten haben sie die in den angefochtenen Bescheiden genannten slowakischen Staatsangehörigen über Verbindungen in deren Heimatland angeworben und unter Eingliederung in ihren bzw den Betrieb der Klägerin als Bauarbeiter eingesetzt. Diese haben auf den Baustellen (in den von den Eheleuten W. erworbenen Immobilien) als abhängig Beschäftigte gearbeitet. Das gilt ohne Unterschied für die als Subunternehmer bezeichneten Personen wie für diejenigen Personen, denen man - die Rechtsgültigkeit der Gesellschaftsverträge unterstellt - den formalen (gesellschaftsrechtlichen) Rechtsstatus eines GbR-Gesellschafters verschafft hat. Deren sozialversicherungsrechtlicher Status wird dadurch nicht verändert. Eine aus der (formalen) Gesellschafterstellung folgende Rechtsmacht ist von den slowakischen Staatsangehörigen ersichtlich weder im Innen- noch im Außenverhältnis in für unternehmerisches Handeln typischer Weise ausgeübt worden; so findet sich bei den Akten auch nur eine einzige Niederschrift über eine Gesellschafterversammlung, die zudem einen Gesellschafterwechsel zum Gegenstand hatte. Rechte als (Unternehmer-)Gesellschafter hat allein die Klägerin tatsächlich wahrgenommen. Nur sie ist nach außen (gegenüber der Fa. G.-T. GmbH) als Unternehmerin aufgetreten und hat die Vollmacht über das Geschäftskonto der R.-GBR tatsächlich ausgeübt.

Der Senat stützt sich auf diese Ergebnisse des vom Hauptzollamt U. durchgeführten Ermittlungsverfahrens, namentlich auf die Niederschriften über die Vernehmung der betroffenen Personen (Beschäftigten). Zweifel an der Richtigkeit der dort festgehaltenen Angaben bestehen nicht. Das gilt auch in Ansehung des von der Klägerin monierten Dolmetschereinsatzes. In den Vernehmungsniederschriften finden sich keine Anhaltspunkte dafür, dass es Schwierigkeiten bei der Übersetzung der Fragen und Antworten gegeben hätte. Insbesondere hat auch kein Vernommener vorgebracht, mit dem Dolmetscher nicht zurecht zu kommen, diesen bzw dessen Übersetzungen etwa nicht hinreichend zu verstehen. Die umfassenden Darstellungen innerhalb der Vernehmungsprotokolle lassen vielmehr darauf schließen, dass die Fragen von den Betroffenen verstanden wurden.

Die Beigeladenen zu 1) bis 6), die Gesellschafter P. H., M. T., J. G., A. K., Ma. Ja. und Mi. To. waren abhängig Beschäftigte. Die beiden Gesellschafter P. H. und M. T. sind ausweislich der Verwaltungsakte am 20.11.2008 als Zeugen vernommen worden. Die Gesellschafter H. und T. haben in der Vernehmung vor dem Hauptzollamt im November 2008 genaue Tätigkeitslisten mit jeweiligem Arbeitsbeginn und -ende sowie der Pausendauer etc angegeben. Für beide gab es einen Stundenlohn, der für H. höher war, als für T ... P. H. äußerte, dass die

Klägerin einer Arbeitskraft bedurft hatte und dafür in der slowakischen Republik gesucht habe. Die früheren Gesellschafter Ma. Ja. und Mi. To. wurden eingesetzt, als höherer Arbeitsanfall vorhanden war und sind danach sofort wieder aus der Gesellschaft ausgeschieden. M. T. erhielt keine Arbeitsgenehmigung, weshalb ihm die Gesellschafterstellung angetragen wurde. Die Vereinbarungen innerhalb des Gesellschaftsvertrages wurden nicht eingehalten, so wurde etwa die Gewinnverteilung abweichend von § 10 Abs 2 des Vertrages vorgenommen. Gesellschafterversammlungen gab es ebenfalls nicht bzw lediglich eine einzige. Die geringe Geldbeteiligung von 200,- EUR führte dazu, dass es gerade vorrangig darauf ankam, dass die Arbeitskraft in die Gesellschaft eingebracht wurde. P. H. äußerte in seiner Vernehmung, dass er lediglich ein wenig wisse, was eine GbR überhaupt sei. Er war angeworben worden für Bauarbeiten. Die früheren Gesellschafter To., T. und Ja. waren Ende 2005 in die GbR gekommen, da man mehr Arbeiter brauchte. Die Organisation erfolgte allein durch die Klägerin. Eine Kapitaleinlage hat P. H. auch nicht bezahlt. Die komplette Organisation erfolgte über die Klägerin, welche die Aufträge beschaffte und diese dann den anderen erklärte. Der für die Tätigkeiten benutzte Pkw gehörte ebenfalls der Klägerin. Sämtliche Finanzen erledigte diese. Geld bekamen die Gesellschafter von ihr überwiesen. Aus den Unterlagen ist gerade nicht ersichtlich, dass alle Gesellschafter den gleichen Betrag aus einer Tätigkeit erhielten. Die Vollmacht über das Geschäftskonto lag allein bei der Klägerin. M. T. äußerte nochmals deutlich, dass sowohl er, als auch P. H. gar kein oder nur schlecht deutsch sprechen und sich daher voll auf die Klägerin verließen.

Als Unternehmerin am Markt ist alleine die Klägerin aufgetreten. Entscheidender Grund für die Aufnahme der anderen als Gesellschafter war jeweils insbesondere die Tatsache, dass diese keine Arbeitsgenehmigung als Arbeitnehmer in Deutschland erlangen konnten und deshalb über diesen Umweg eine Tätigkeit doch ausgeübt werden konnte. Die vermeintlichen Gesellschafter kamen damit nicht mit der Absicht nach Deutschland, dort eine gemeinsame Gesellschaft zu gründen - denn davon hatten sie ausweislich ihrer Aussagen keinerlei Kenntnisse - sondern um ihre Arbeitskraft zur Verfügung zu stellen und darüber Lohn zu erwirtschaften. Außer der Klägerin hat keiner gesellschaftstypische Handlungen an den Tag gelegt, sprich Aufträge akquiriert oder im Innen- und Außenverhältnis ein entsprechendes Auftreten gezeigt. Zwar kann man bei P. H. noch am ehesten davon ausgehen, dass dieser den anderen Anweisungen erteilt hat, im Ergebnis hat aber auch dieser seine Anweisungen bzw die Aufträge von der Klägerin erhalten, und war damit nichts anderes als ein Vorarbeiter bzw Bauleiter, keinesfalls jedoch selbständiger Unternehmer im rechtlichen Sinn. Ob einer der anderen Vollmacht über das Geschäftskonto hatte, ist dabei wegen der oben ausgeführten Vorrangigkeit der tatsächlichen Ausgestaltung der Verhältnisse irrelevant. Tatsache ist, dass keiner, außer der Klägerin, jemals tatsächlich auf das Geschäftskonto zugegriffen hat. Auch bei den Gesellschaftern G., K., Ja. und To. (Beigeladenen 3-6) ist eine selbständige Tätigkeit mit eigenem Unternehmerrisiko nicht zu erkennen. Nachdem die Klägerin für keine der genannten Personen eine ladungsfähige Anschrift mit Sicherheit benennen konnte, konnte das Gericht diese Personen auch nicht mehr selbst befragen.

Aus der Aussage des Ehemannes der Klägerin, dem Zeugen G. W. ergibt sich nichts Gegenteiliges. So konnte dieser zwar in weiten Teilen Angaben dazu machen, wie er selbst eine eigene Firma aufgebaut und unterhalten hat, betreffend der R.-GBR waren die Angaben dagegen wenig umfassend und im Übrigen für den Senat nicht glaubhaft. Die Angabe des Zeugen, dass die Beigeladenen zu 1) bis 6) sich in Deutschland tatsächlich selbständig machen wollten steht im Widerspruch zu den dann tatsächlich praktizierten Verhältnissen. Maßgeblich im Vordergrund stand die Erbringung von Arbeitskraft gegen Lohnzahlung auf Stundenbasis. Die Ausführungen der Klägerin und ihrem Ehemann, dass man den slowakischen Gesellschaftern lediglich habe Hilfe leisten wollen, ist nicht glaubhaft.

Ein den sozialversicherungsrechtlichen Status prägendes Unternehmerrisiko haben die slowakischen Staatsangehörigen nicht getragen. Wagniskapital in nennenswertem Umfang haben sie nicht eingesetzt; hierfür genügt (in Ansehung der als Gesellschafter bezeichneten Personen) die (auch nicht von allen erbrachte) Zahlung eines als "Einlage" bezeichneten Betrags von 200 EUR nicht. Die Klägerin hat selbst vorgebracht, dass sie nach Arbeitsaufwand, Umfang der Verantwortung und konkreter Tätigkeit auf Stundenbasis entlohnt wurden; die Bezeichnung "Gewinnanteile" in diesem Zusammenhang ist irreführend, zumal die Beigeladenen zu 1) bis 6) auch nicht am Verlust beteiligt waren. Über eigene Betriebsmittel haben sie - abgesehen allenfalls von Kleinwerkzeug - nicht verfügt; eigene (Firmen-)Fahrzeuge hat keiner der slowakischen Staatsangehörigen besessen. Werbung am Markt haben sie nicht betrieben, Preise für ihre Leistung weder selbst kalkuliert noch (als Gesellschafter der Klägerin) daran maßgeblich mitgewirkt und Preise auch mit Auftraggebern nicht ausgehandelt oder diesen in Rechnung gestellt. Vielmehr haben alle ausschließlich in den von den Eheleuten W. angekauften Immobilien für Stundenlohn abhängig gearbeitet und auch die Haftung des Werkunternehmers nicht übernommen. Dass vor allem P. H. als eine Art Bauleiter auf den Baustellen weitgehend selbständig gearbeitet hat, entspricht seiner Funktion. Er wird deswegen nicht zum selbständigen (Bau-)Unternehmer. Das gilt erst Recht für die übrigen slowakischen Staatsangehörigen. Das Fehlen (schriftlicher) Arbeitsverträge und die Vorenthaltung typischer Arbeitnehmerrechte (wie Kündigungsschutz oder Lohnfortzahlung im Krankheitsfall) macht Arbeitnehmer nicht zu Unternehmern. Ohne Belang ist insoweit auch, dass die slowakischen Staatsangehörigen nur zeitweise in Deutschland gearbeitet und sich auch im Heimatland aufgehalten haben, zumal die Beklagte auch nur die tatsächlich ausbezahlten Beträge für die Berechnung der Nachforderung berücksichtigt hat.

Der Wertung als sozialversicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis steht nicht entgegen, dass die Beigeladenen zu 1) bis 6) als slowakische Staatsangehörige nach [§ 284 Abs 1 Satz 1](#) Sozialgesetzbuch Drittes Buch - Arbeitsförderung - (SGB III) zum damaligen Zeitpunkt eine Beschäftigung nur mit Genehmigung der Bundesagentur für Arbeit ausüben durften. Die Missachtung des sich aus [§ 284 SGB III](#) ergebenden Beschäftigungsverbots stellt eine Ordnungswidrigkeit dar ([§ 404 Abs 2 Nr 4 SGB III](#)), führt aber nicht dazu, dass die ohne Genehmigung ausgeübte Beschäftigung als strafrechtlich verbotene Tätigkeit betrachtet werden muss. Vielmehr wird im Rahmen einer grundsätzlich erlaubten Tätigkeit (zB als Bauarbeiter) gegen ein Verbot (Beschäftigungsverbot nach [§ 284 Abs 1 SGB III](#)) verstoßen (vgl hierzu KassKomm-Seewald [§ 7 SGB IV § 7](#) Rn 27). Wird - wie hier - eine Arbeitsleistung tatsächlich erbracht, schuldet der Arbeitgeber auch die Vergütung mit der Folge, dass auch eine sozialversicherungspflichtige Beschäftigung vorgelegen hat.

Auch die Subunternehmer Ma. Go. und Ro. St. (Beigeladene zu 7 und 8) waren bei der Klägerin abhängig beschäftigt.

Ma. Go. erklärte in seiner Vernehmung, dass sämtliche behördlichen Maßnahmen von der Klägerin übernommen wurden, da er kein Deutsch sprach und sich mit den deutschen Gesetzen nicht auskannte. So konnte er nicht einmal sagen, ob er in Deutschland Steuern bezahlte, sondern verwies auf die Klägerin. Er besaß weder eigenes Kapital noch eigenes Werkzeug, dies wurde alles von der Klägerin gestellt. Auch das benötigte Material wurde gestellt. Er hatte weder Büro noch Betriebsstätte, seine Wohnung war von der Klägerin gemietet. Rechnungen für erledigte Aufträge wurden nicht geschrieben. Es wurde vorab ein Preis vereinbart; die Abrechnung erfolgte dann wieder über die Klägerin, damit hatte er nichts zu tun. Hier gab es monatliche Zahlungen. Auch ein Aufmaß nahm er nicht. Ein Pkw war nicht vorhanden.

Dieselben Aussagen traf Ro. St. Für andere Auftraggeber waren beide nicht tätig geworden.

Aus den Aussagen ergibt sich für beide gleichermaßen, dass sie kaum Deutschkenntnisse hatten, weder über Büroräume noch über Werkzeug, ein Fahrzeug, oder über Mitarbeiter verfügten und auch keine Werbung für ein Gewerbe machten. Eine weitere Vernehmung der Subunternehmer war dem Senat mangels Kenntnis einer ladungsfähigen Anschrift nicht möglich.

Auch hier begegnet die Höhe der berechneten Beiträge keinen Bedenken, da die Beklagte lediglich die Beträge angesetzt hat, welche tatsächlich ausbezahlt worden sind.

Bei den Aushilfen, Ba. Haz., Na. Haz., Al. Be., Ka. Sch. (Beigeladene zu 9 bis 12) und O. La. handelte es sich um sozialversicherungspflichtige Arbeitnehmer nach [§ 7 Abs 1 SGB IV](#); es war keine geringfügige Beschäftigung nach [§ 8 Abs 1 Nr. 1 SGB IV](#).

Betreffend der Tätigkeit von O. La. war dessen eigene Aussage vor dem Hauptzollamt zunächst widersprüchlich, im Laufe der Vernehmung räumte er jedoch verschiedene Begebenheiten ein. So war es für Senat nicht glaubhaft, dass er ständig auf den Baustellen gewesen sein soll, ohne Lohn für diese Tätigkeiten erhalten zu haben, obgleich sein Name auf den Stundenzetteln aufgeführt ist. In einer späteren Vernehmung gab O. La. zu, dass er einen erhaltenen Kredit von der Familie W. abgearbeitet hat und der an ihn auszubezahlende Lohn einbehalten wurde. Er räumte weiter ein, dass er mit den Slowaken zusammen gearbeitet hat und für die Einkäufe zuständig war. Außerdem hat er zusätzlich als Hausmeister 85,- EUR monatlich erhalten.

Diese Aussagen von O. La., die erklären, warum sein Name auf den Stundenzettel aufgeführt wurde, stehen in Widerspruch mit den für den Senat nicht glaubhaften Behauptungen der Klägerin, dass O. La. wie ein Familienangehöriger gewesen sei und er keine Arbeitstätigkeiten verrichtet hätte. So befanden sich in den Unterlagen der Klägerin weitere Aufzeichnungen von O. La.; einerseits ein Schreiben, worin er um Abrechnung für das Jahr 2006 bat, zum anderen Stundenaufzeichnungen, in denen auch konkrete Auszahlungsbeträge an O. La. vermerkt waren. Eine Beiladung bzw ergänzende Vernehmung von O. La. durch den Senat war nicht mehr möglich, da dieser nach Aussage der Klägerin mittlerweile verstorben ist.

Nach dem Vorstehenden ist auch die Aussage des Zeugen G. W. für den Senat nicht glaubhaft, der ebenfalls bekundet hat, O. La. sei ein Familienmitglied gewesen und habe nicht gegen Entgelt gearbeitet. Auch die Beigeladene zu 12, Ka. Sch., hat diesbezüglich in ihrer Aussage mitgeteilt, dass O. La. immer wieder auf den Baustellen vor Ort war, um die Arbeit zu kontrollieren. Dass O. La. hierfür keinerlei Lohn erhalten haben soll, widerspricht der Lebenserfahrung. Der Aussage des Zeugen G. W., dass die Stundenzettel zum einen lediglich eine Übersicht für ihn darstellen sollten, wie lange man für bestimmte Tätigkeiten braucht und außerdem noch Tätigkeiten aufgeschrieben wurden, die O. La. für die Beigeladene zu 12) erledigte und die dann für diese abgerechnet wurden, waren für den Senat nicht glaubhaft. O. La. hat selbst eingeräumt, er habe Geld erhalten bzw Schulden abgearbeitet. Der Senat ist davon überzeugt, dass tatsächlich entsprechend der tatsächlich gemachten Stundenaufzeichnungen Lohnleistungen vereinbart waren und ggf mit Darlehensschulden verrechnet wurden.

Die Höhe des berechneten Lohnes begegnet keinen Bedenken. Die Beklagte durfte aus den gefundenen Stundenzetteln, bei denen die ausgewiesenen Beträge jeweils stets durch 7,5 teilbar waren, zu Recht annehmen, dass mit O. La. ein Stundenlohn in Höhe von 7,50 EUR vereinbart war. Die geleisteten Stunden wurden den aufgefundenen Aufzeichnungen entnommen und die nachzufordernden Beiträge zutreffend aus diesen nachberechnet.

Betreffend Ba. Haz. und Na. Haz. wurden bei der Durchsuchungsmaßnahme in den Räumen der Klägerin ebenfalls Stundenaufzeichnungen gefunden. Der Senat wertet es als nicht glaubhafte Schutzbehauptung, dass diese Stundenaufzeichnungen keine Relevanz für die Abrechnungen gehabt haben sollen. Eine überzeugende Erklärung, warum sich diese Aufzeichnungen dann in den Unterlagen der Klägerin befunden haben, konnte diese schon dem SG nicht geben. Dasselbe gilt für die Aufzeichnungen von Al. Be. (Beigeladener zu 9). Dieser hat in seiner Vernehmung in der mündlichen Verhandlung zwar erklärt, dass er nie mehr als 400,00 EUR erhalten haben will, hat auf der anderen Seite aber bestätigt, dass ein fester Stundenlohn vereinbart war und Stundenaufzeichnungen vorgelegt, auf deren Grundlage abzurechnen war. Falls der Beigeladene zu 9) tatsächlich weniger Geld ausbezahlt bekommen haben sollte, ändert dies nichts an der Verpflichtung der Klägerin auf der Grundlage des vereinbarten Lohnes Sozialversicherungsbeiträge zu zahlen.

Für Ka. Sch. (Beigeladene zu 12) ergibt sich die Tätigkeit ebenfalls aus Stundenaufzeichnung, welche sich nicht mit der behaupteten Tätigkeit für die Firma G.-T. deckt. Laut ihrer eigenen Aussage in der mündlichen Verhandlung vor dem SG konnte sich die Zeugin zwar nicht mehr erinnern, für wen konkret sie tätig war, konnte aber ihre Tätigkeiten dahingehend umschreiben, dass sie Aufräumarbeiten ausgeführt hat, zeitweise für die Arbeiter gekocht hat oder auch Tapeten von den Wänden entfernt hat. Allein aus dieser Tätigkeitsbeschreibung kann die Zeugin nicht für die Fa. G.-T. tätig gewesen sein, da diese lediglich die zu renovierenden Häuser angekauft hat, diese aber nicht selbst renoviert hat, sondern dies dann mit einzelnen Gewerken durch die R.-GBR durchführen ließ.

Zur Lohnhöhe hat die Beigeladene Sch. in der mündlichen Verhandlung vor dem SG ebenso wie schon Al. Be. erklärt, dass ein konkreter Stundenlohn vereinbart war und die Abrechnung auf der Grundlage von Stundenaufzeichnungen erfolgen sollte. Der Tatsache, dass sie dann lediglich 300,00 EUR bekommen hat, schrieb die Beigeladene selbst ihrer geringen Durchsetzungskraft zu und dass sie sich immer wieder ausnutzen lasse. Zusammenfassend war auch für diese Aushilfe auf der Grundlage des Vereinbarten und damit auf den Stundenzetteln, wie von der Beklagten vorgenommen abzurechnen, weshalb bei zutreffender Abrechnung nicht lediglich von einer geringfügigen Beschäftigung auszugehen ist.

Die Einstellungsverfügung der Staatsanwaltschaft E. vom 27.07.2010 und die (Status-) Bescheide der Deutschen Rentenversicherung Bund (Clearing-Stelle) vom 24.04.2009 sind für die Entscheidung des Senats im Berufungsverfahren weder in rechtlicher noch in tatsächlicher Hinsicht bindend. Insbesondere hat der Senat den sozialversicherungsrechtlichen Status der slowakischen Staatsangehörigen eigenständig und von diesen Entscheidungen unabhängig zu beurteilen. Verfahrensgegenstand der staatsanwaltlichen Entscheidung war gem [§ 153 Abs 1 StPO](#) nur die Frage, ob die Schuld der Klägerin als gering anzusehen wäre und ein öffentliches Interesse an der Strafverfolgung besteht. Dies hat die Staatsanwaltschaft verneint und auf Beweisschwierigkeiten hinsichtlich des subjektiven Tatbestands der vorgeworfenen Tat abgestellt. Dafür hat sie sich auf die genannten Bescheide der Deutschen Rentenversicherung Bund gestützt. Diese betreffen die Tätigkeit, die die Klägerin, P. H. und M. T. als Gesellschafter der R.-GBR seit September 2008 für die Fa. G.-T. GmbH ausgeübt haben und sind in einem

auf die Ermittlungen des Hauptzollamts U. eingeleiteten Statusfeststellungsverfahren ergangen. Für den hier maßgeblichen Zeitraum (vor September 2008) treffen sie keine Regelung und sind daher rechtlich (im Hinblick auf eine etwaige Tatbestandswirkung) nicht von Belang. Im Übrigen ist die Tätigkeit der genannten Personen offenbar aus der Perspektive eines etwaigen Beschäftigungsverhältnisses zur Fa G.-T. GmbH beurteilt worden; hierauf kommt es ausschlaggebend aber nicht an.

Die Erhebung von Säumniszuschlägen für diejenigen Beiträge, die für die Beigeladenen zu 1) bis 6) nacherhoben werden, erfolgte allerdings zu Unrecht. Wird eine Beitragsforderung durch Bescheid mit Wirkung für die Vergangenheit festgestellt, ist ein darauf entfallender Säumniszuschlag nicht zu erheben, soweit der Beitragsschuldner glaubhaft macht, dass er unverschuldet keine Kenntnis von der Zahlungspflicht hatte ([§ 24 Abs 2 SGB IV](#)). Für die Frage, ob unverschuldet keine Kenntnis von der Zahlungspflicht vorgelegen hat, ist nicht auf diejenigen Maßstäbe zurückzugreifen, die das BSG für die Beurteilung des Vorsatzes iSd [§ 25 Abs 1 Satz 2 SGB IV](#) entwickelt hat (so aber BSG 26.01.2005, [B 12 KR 3/04 R](#), [SozR 4-2400 § 14 Nr 7](#)). Vorsätzliches Handeln setzt voraus, dass die Person mit "Wissen" und "Wollen" gehandelt hat, wobei das "Wollen" darauf beschränkt sein kann, dass der (rechtswidrige) Erfolg eines Tuns oder Unterlassens (hier: Nichtabführung von Beiträgen) billigend in Kauf genommen wird. Das Gesetz stellt in [§ 24 Abs 2 SGB IV](#) nur auf die fehlende Kenntnis einer Rechtspflicht (Zahlungspflicht) ab. Dies betrifft einen den Vorsatz ohnedies nicht berührenden Subsumtionsirrtum, der in strafrechtlicher Hinsicht allenfalls geeignet wäre, einen durch Einleitung eines Statusverfahrens nach [§ 7 a SGB IV](#) vermeidbaren Verbotsirrtum zu begründen (BGH 07.10.2009, [1 StR 478/09](#), [NSTZ 2010, 337](#)). Dieser Gesichtspunkt lässt sich auch auf die Regelung in [§ 24 Abs 2 SGB IV](#) übertragen. Die Vorschrift dient lediglich der Vermeidung unbilliger Härten (BSG 12.02.2004, [B 13 RJ 28/03 R](#), [BSGE 92,150](#)). Maßgebend ist deshalb auch im Fall des [§ 24 Abs 2 SGB IV](#) nur, ob die Unkenntnis des Beitragsschuldners von der Zahlungspflicht vermeidbar war. Davon ist hier nicht auszugehen. Die Entscheidungen der DRV Bund vom 24.4.2009 in den von der Klägerin, der Beigeladene zu 1) und der Beigeladene zu 2) beantragten Verfahren auf Feststellung des sozialversicherungsrechtlichen Status zeigen, dass die Frage, ob bei den als Gesellschaftern einer BGB-Gesellschaft aufgetretenen Personen eine abhängige Beschäftigung oder eine selbständige Tätigkeit vorliegt, im vorliegenden Fall unterschiedlich beantwortet werden kann. Wenn die DRV Bund die Tätigkeit der Beigeladenen zu 1) bis 6) als Gesellschafter einer GbR im Bereich Sanierungsarbeiten bei der Fa G.-T. GmbH seit September 2008 als selbständige Tätigkeit wertet, kann der Klägerin die Unkenntnis von der Zahlungspflicht in Bezug auf die (angeblichen) Gesellschafter nicht zum Vorwurf gemacht werden. Für die Beigeladenen zu 7) bis 12) gilt dies nicht. Hier ist der Klägerin vorzuhalten, dass sie zumindest eine Auskunft der Einzugsstelle hätte einholen müssen.

Fehler in der Berechnung der noch streitigen nachzuentrichtenden Sozialabgaben und zu zahlenden Säumniszuschläge sind weder substantiiert geltend gemacht worden noch sonst ersichtlich. Die Höhe der berechneten Sozialversicherungsbeiträge begegnet keinen Bedenken, da die Beklagte lediglich die Beträge angesetzt hat, welche tatsächlich ausbezahlt worden sind.

Die Kostenentscheidung beruht auf [§ 197a Abs 1 Satz 1 SGG](#) in Verbindung mit [§ 154 Abs 1 VwGO](#).

Die Festsetzung des Streitwerts für das Berufungsverfahren beruht auf [§ 197a SGG](#) iVm [§ 52 Abs 3 GKG](#). Die Säumniszuschläge waren in die Höhe des Streitwertes einzubeziehen (vgl LSG Baden-Württemberg 26.01.2009, [L 10 R 5795/08 W-B](#)).

Rechtskraft

Aus

Login

BWB

Saved

2014-10-17