

L 11 R 487/13

Land
Baden-Württemberg
Sozialgericht
LSG Baden-Württemberg
Sachgebiet
Rentenversicherung
Abteilung
11
1. Instanz
SG Stuttgart (BWB)
Aktenzeichen
S 8 R 3199/11
Datum
21.11.2012
2. Instanz
LSG Baden-Württemberg
Aktenzeichen
L 11 R 487/13
Datum
21.10.2014
3. Instanz
Bundessozialgericht
Aktenzeichen

-
Datum

-
Kategorie
Urteil
Leitsätze

Wer aufgrund eines Beratervertrages in einem Club bzw. einer Bar arbeitet und hierfür eine gleichbleibende monatliche Vergütung erhält, ist auch dann sozialversicherungspflichtig beschäftigt, wenn er nach dem Beratervertrag zwar unterschiedliche Dienstleistungen (z.B. Einarbeitung und Schulung von Mitarbeitern, Beratung der Gäste, Erstellen der Cocktailkarte) schuldet, diesen Aufgaben aber keine unterschiedlichen Vergütungen zugeordnet werden.

Die Berufung der Klägerin gegen das Urteil des Sozialgerichts Stuttgart vom 21.11.2012 wird zurückgewiesen.

Die Klägerin trägt auch die Kosten des Berufungsverfahrens.

Der Streitwert wird für das Berufungsverfahren auf 7.699,41 EUR festgesetzt.

Tatbestand:

Die Beteiligten streiten darüber, ob der Beigeladene zu 1) im Zeitraum vom 01.12.2007 bis 31.12.2008 im Rahmen eines sozialversicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnisses für die Klägerin tätig gewesen ist und die Klägerin dementsprechend verpflichtet ist, für den genannten Zeitraum Beiträge zur Kranken-, Pflege-, Renten- und Arbeitslosenversicherung in Höhe von 7.699,41 EUR nachzuzahlen.

Die Klägerin betreibt die Clubs "M." und "T." in S. Von Juni 2005 bis zum 30.11.2007 war der Beigeladene zu 1) als abhängig Beschäftigter im Club "M." angemeldet. Bereits im Januar 2006 hatte der Beigeladene zu 1) ein Gewerbe für Gastronomiedienstleistungen, Showbarkeeping, Partyveranstaltungen und Catering, Gastronomieschulungen, Fortbildungen und Seminare angemeldet. Am 01.12.2007 schloss die Klägerin mit dem Beigeladenen zu 1) einen sogenannten "Beratervertrag". Der Vertrag enthält ua folgende Regelungen:

§ 1 Tätigkeit und Aufgabengebiet 1.) Herr N. wird für die Firma als Berater tätig sein. Seine Tätigkeit besteht insbesondere in der Beratung zur Erstellung der Cocktailkarte, Schulungen der Mitarbeiter, Einarbeitung der neuen Mitarbeiter, Beratung der Gäste bezüglich besonderen Weinen, Whisky, Champagner, etc. Durchführung besonderer Events, Betreuung besonderer Gäste oder Gruppen, Internetbetreuung und Kundenakquise, Beratung und Beschaffung spezieller Produkte und Materialien auf dem Gebiet der Gastronomie. 2.) Der Berater steht in keinem Angestelltenverhältnis zur Firma. 3.) Der Berater ist in der Bestimmung seines Arbeitsortes und seiner Arbeitszeit frei.

§ 2 Vergütung 1.) Der Berater erhält für seine o.g. Tätigkeit eine jährliche Vergütung von mindestens 18.000,00 EUR, zahlbar in monatlichen Teilbeträgen von 1.500,00 EUR. Zusätzliche Leistungen werden extra vergütet. Der Leistungsnachweis ist durch eine ordnungsgemäße Rechnung zu erbringen. 2.) Steuern und Sozialabgaben führt der Berater selbst ab. Ansprüche auf Urlaub und Vergütungsfortzahlung bestehen nicht.

§ 3 Aufwendungsersatz Die Firma ersetzt dem Berater die erforderlichen Aufwendungen für Reisen, Telefon und Porto, die in Ausübung seiner Aufgaben im Rahmen dieses Vertrages entstehen, nicht, diese sind in der vereinbarten Vergütung enthalten.

()

Im Rahmen einer Finanzkontrolle wegen Schwarzarbeit wurde der Beigeladene zu 1) am 12.04.2008 durch das Hauptzollamt S. im Club "M." hinter der Bar angetroffen. Bei der Personenbefragung gab er an, seit dem Dezember 2007 auf selbstständiger Basis im Club tätig zu sein.

Er mache Barcontrolling, Cocktailschulungen und Personalschulungen. Im Nachgang der Prüfung wurden die Gewerbeanmeldung und Rechnungen angefordert. Der Endbetrag der vorgelegten Rechnung lautete immer 1.785,00 EUR und setzte sich aus Pauschalen "laut Vereinbarung für Cocktailevents und Personalschulungen und -controlling" zusammen. Aufgrund dieser Kontrolle wurde der Beklagten der Verdacht auf Scheinselbstständigkeit mitgeteilt.

Vom 13.10.2009 bis zum 22.09.2010 führte die Beklagte daraufhin bei der Klägerin eine Betriebsprüfung durch. Mit Schreiben vom 20.11.2009 wurde die Klägerin insbesondere dazu angehört, dass es sich bei den erbrachten Dienstleistungen des Beigeladenen zu 1) um eine Arbeitnehmertätigkeit handele und ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis vorliege.

Mit Schreiben vom 17.12.2009 nahm der Steuerberater der Klägerin im Rahmen der Anhörung Stellung. Daraufhin wurde der Beigeladene zu 1) mit Schreiben vom 04.05.2010 gebeten, zur versicherungsrechtlichen Beurteilung seiner Tätigkeit einen Fragebogen auszufüllen. Insoweit gab er an, dass er früher als Barmitarbeiter gearbeitet habe und seit Dezember 2007 nunmehr Beratungen vornehme. Geschäftsbzw. Privaträume würden seit 2006 in seinem privaten Haus vorgehalten (Lager/Büro). Teilweise würden die Arbeiten vom Büro aus erledigt, zB Bestellungen, Kalkulation, Sozialnetzwerke etc. Werbung werde über Visitenkarte, soziale Netzwerke, Mund zu Mund-Empfehlung, Internetseite und Messen betrieben. Teilweise würden vom Auftraggeber verschiedene Dienstleistungen nach vorgeschriebenem Muster erbracht. Allerdings würden von ihm auch neue Produkte angeboten, um den Club interessant zu gestalten. Seine Arbeiten würden hinsichtlich des Enderfolgs, finanziellem Ergebnis und dem Feedback der Kunden geprüft. Eigenes Kapital sei bei Wareneinkauf spezieller Produkte erfolgt. Sein unternehmerisches Risiko bestünde darin, dass er bei Urlaub oder Krankheit kein Verdienst erhalte und der Auftraggeber andere Firmen mit der gleichen Tätigkeit beauftragen könne. Die Vergütung erfolge pauschal monatlich.

Mit Bescheid der Beklagten vom 23.09.2010 wurde durch die Beklagte festgestellt, dass für den Beigeladenen zu 1) seit dem 01.12.2007 ein sozialversicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis bestehe, Beiträge würden im Rahmen der Verjährung für Zeiten ab 01.12.2007 nachgefordert. Die sich aus der Prüfung ergebende Nachforderung betrage insgesamt 7.699,41 EUR. Der Beigeladene zu 1) trete für Dritte erkennbar im Rahmen der Tätigkeit bei der Klägerin nicht unternehmerisch am Markt auf und trage auch kein - eine selbstständige Tätigkeit kennzeichnendes - Unternehmerrisiko. Für die Ermittlung der Beitragsbemessungsgrundlage seien die vom Beigeladenen an die Klägerin gestellten Rechnungen - ohne Mehrwertsteuer - zugrunde gelegt worden. Aufgrund des Schreibens des Steuerberaters und aufgrund weiterer Unterlagen, die vom Beigeladenen eingereicht worden seien, werde nunmehr von einer Fehlbeurteilung der Klägerin ausgegangen, sodass sich die Beitragsbemessungsgrundlage von 29.942,00 EUR auf 18.018,60 EUR reduziert habe (keine Hochrechnung der Nettorechnungsbeträge aus dem Bruttoentgelt). Aufgrund des fehlenden Vorsatzes würden auch keine Säumniszuschläge erhoben. Wenn der Nachweis der Elterneigenschaft für den Beigeladenen erbracht werden könne, werde die Beitragsberechnung hinsichtlich des Beitragszuschlags für Kinderlose zur Pflegeversicherung korrigiert.

Hiergegen hat der Kläger am 22.10.2010 Widerspruch eingelegt. Mit Schreiben vom 13.01.2011 forderte die Beklagte den Beigeladenen zu 1) daraufhin auf, sämtliche an die Klägerin gestellten Rechnungen zu übersenden und weitere Fragen bezüglich seiner Tätigkeit für die Klägerin zu beantworten. Mit Schreiben vom 01.03.2011 übersandte der Beigeladene zu 1) die Rechnungen für die Jahre 2008 bis 2010. Gleichzeitig beantwortete er ausführlich die Fragen der Beklagten. Er gab er an, dass sich seine Tätigkeit ab dem 01.12.2007 geändert habe. Während er früher eine Barthekekätigkeit ausgeübt habe, sei er nunmehr im Bereich der Beratung für die Lokalitäten "T." und "M." tätig. So habe die T. GmbH mit der Eröffnung der zweiten Lokalität "T." eine Beratung für beide Lokalitäten benötigt. Diese habe er übernommen. Ein Austausch zwischen den Inhabern der T. GmbH und ihm finde monatlich statt und diene der Vorstellung von geplanten Konzepten und andererseits Absprache von zukünftigen Terminen und Wünschen. Als Arbeiten für die T. GmbH erledige er im Übrigen Wartung und Überarbeitung des EDV- und Kassensystems, Wartung der Licht- und Soundanlage, Überprüfung und Reinigung der Eismaschine in festgelegten Intervallen sowie Erstellung von speziellen Eisdekorationen, Erstellung von Wochen-, Monats-, Saison- und Spezialkarten für Cocktails, Spirituosen und Champagner, Aktualisierung und Betreuung der Veranstaltungskalender auf den Internetseiten, Aktualisierung und Betreuung der Facebook-Fanseiten, Erstellung von Sonderveranstaltungen, Barpersonalschulung für Neueinführung von Produkten und Weiterentwicklung von Cocktails und Organisation von Mixing-Events iVm Industriepartnern, um die Objekte "M." und "T." national bekannter zu machen, Erstellung und Durchführung von Werbeaktionen, Suche und Besorgung von speziellen Spirituosen auf Kundenwunsch, Suche und Besorgung von kommenden Trendprodukten, Betreuung von speziellen Kunden auf Anforderung sowie Einarbeitung/Schulung von Personal. Als eigene Arbeitsmittel setze er hierfür einen Laptop, eigenes Mixlabor, Bücher, Shaker, Gigger, Strainer, Rührlöffel, Ausgießer, Saftpresse, Blender, Bitterzutaten, Mixing-Zutaten, Spirituosen usw ein. Als Kosten entstünden ihm Recherchekosten, Telefon, Reise- und Fahrtkosten sowie Anschaffungskosten für neue Produkte zum Testen. Die Gäste würden die M.getränke innerhalb der Öffnungszeiten direkt von "der M." kaufen. Soweit Events angeboten würden, seien diese über ihn beworben/gebucht worden. Bis jetzt seien Abende, wie eine Verkostung, von der Industrie mit Waren unterstützt und nur zusätzlich/weiter konsumierte Waren von Seiten der T. GmbH verkauft worden. Seine persönlichen Leistungen bei diesen Events bestünden in der Akquirierung von Gästen; Einführungsvortrag und Vorstellung der Gastreferenten oder selbst gehaltene Vorträge/Mixvorführungen; Planung des Programmablaufs und der benötigten Produkte; Erstellung von Sonderkarten. Pacht oder Miete würden hierbei nicht bezahlt. Die Leistungen der T. GmbH bestünden in der Bereitstellung von Servicepersonal mit Getränkeverkauf. Bei Schulungen der Mitarbeiter des Clubs "M." würde er seinen Laptop und eigene Barutensilien sowie Handouts einsetzen. Ansonsten würden keine Sachmittel eingesetzt.

Mit Widerspruchsbescheid vom 27.04.2011 wurde der Widerspruch zurückgewiesen. Hiergegen hat die Klägerin am 26.05.2011 Klage zum Sozialgericht Stuttgart (SG) erhoben. Zur Begründung wurde auf die Widerspruchsbegründung verwiesen und ergänzend ausgeführt, die beim Beigeladenen eingeholten Auskünfte im Rahmen des Verwaltungsverfahrens hätten die Auffassung der Klägerin, dass nicht vom Vorliegen eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses ausgegangen werden könne, bestätigt. Die Auskünfte des Beigeladenen würden belegen, dass dieser weder im Betrieb der Klägerin eingegliedert gewesen sei, noch deren Weisungsrecht in Bezug auf Zeit, Dauer, Ort und Art seiner Arbeitsleistung unterlegen habe.

Auf die gerichtliche Anfrage vom 16.07.2012 hat der Beigeladene zu 1) mit Schreiben vom 12.08.2012 weitere Angaben zu seiner Tätigkeit für die Klägerin, für andere Kunden, zu seinen Betriebsräumen sowie dazu, was für eigene Waren er in seiner Tätigkeit für die Klägerin eingebracht hat, gemacht.

Mit Urteil vom 21.11.2012 hat das SG die Klage abgewiesen. Zur Überzeugung der Kammer sei die Tätigkeit des Beigeladenen zu 1) für die Klägerin im Überprüfungszeitraum vom 01.12.2007 bis 31.12.2008 als eine abhängige, unselbstständige Tätigkeit zu bewerten. Zwar sei die

Klägerin und der Beigeladene zu 1) bei Begründung der Tätigkeit von einer selbstständigen Tätigkeit ausgegangen. Zur Überzeugung der Kammer folge jedoch bereits aus dem Tätigkeits- und Aufgabengebiet sowie den in § 2 Abs 1 des Beratervertrags aufgenommenen Regelungen zur Vergütung, dass die Merkmale einer abhängigen Beschäftigung überwiegen würden. So ergebe sich aus dem Vertrag, dass ein wesentlicher Teil der Tätigkeiten vor Ort in den Räumlichkeiten der Klägerin unter der Voraussetzung zeitlicher Absprachen - insbesondere mit dem Betriebsleiter der Klägerin sowie Mitarbeitern der Klägerin - und unter Berücksichtigung bestimmter Erwartungen an die Art der Ausführungen zu tätigen gewesen seien. Nach § 2 des Beratervertrages erhalte der Beigeladene zu 1) auf seine Tätigkeit eine jährliche Vergütung von mindestens 18.000,00 EUR, zahlbar in monatlichen Teilbeträgen von 1.500,00 EUR. Zusätzliche Leistungen würden extra vergütet. Diese vertraglichen Regelungen zur Vergütung seien auch tatsächlich umgesetzt worden. Daraus folge, dass der Beigeladene zu 1) kein unternehmerisches Risiko im Zusammenhang mit seiner Tätigkeit für die Klägerin zu tragen habe. Er habe auch weder Geld noch Sachmittel noch Arbeitszeit mit ungewissem Erfolg einsetzen müssen. Soweit die Klägerin PC, Telefonanlage, Büroausstattung, Cocktailartikel etc vorhalte, handle es sich teilweise um haushaltsübliche Arbeitsmittel, die nicht speziell zur Ausübung der Tätigkeit für die Klägerin angeschafft werden mussten. Teilweise handle es sich um Sachmittel, die der Beigeladene über die Jahre zunächst für sich hobbymäßig, dann im Hinblick auf das Anbieten von speziellen Dienstleistungen, angeschafft habe. Wesentliche Anschaffungskosten und Vorhalte- bzw Fixkosten, die ein unternehmerisches Risiko begründen könnten, habe der Beigeladene zu 1) im streitigen Zeitraum nicht gehabt. Auch die Büroräumlichkeiten seien ihm kostenlos von seinen Schwiegereltern zur Verfügung gestellt worden. Auch erscheine fraglich, ob zwingend die Anmietung von extra Räumlichkeiten im häuslichen Bereich zur Ausübung der Tätigkeit überhaupt notwendig gewesen seien. Soweit der Beigeladene zu 1) Waren, insbesondere Knicklichter und weißen Rohrzucker, beschafft und an die Klägerin weiterverkauft habe, habe der Beigeladene diese Waren jeweils konkret für einen Anlass bezogen und an die Klägerin weiterverkauft und somit ohne Risiko im Hinblick auf eine Warenabnahme. Soweit in § 2 Abs 2 des Beratervertrages ausgeführt werde, dass Ansprüche auf Urlaub und Vergütungsfortzahlung nicht bestehe, sei dies Ausfluss der Wertung der Beteiligten, dass eine selbstständige Tätigkeit vorliege. Aufgrund der Eingliederung in den Betrieb habe der Beigeladene zu 1) auch bestätigt, dass er in Absprache mit der Betriebsleitung seinen Urlaub plane und mitteile, wann er krankheitsbedingt einen bestimmten vereinbarten Termin nicht wahrnehmen könne. Auch dies entspreche daher der Situation eines abhängig Beschäftigten und nicht der eines Selbstständigen. Schließlich würden auch die weiteren Angaben zu den tatsächlichen Verhältnissen und Tätigkeiten, die über die in § 1 des Beratervertrages hinaus übernommen worden seien, die Bewertung der Tätigkeit als abhängige Beschäftigung bestärken. So habe der Beigeladene angegeben, zusätzlich noch Wartung und Überarbeitung des EDV- und Kassensystems, die Wartung der Licht- und Soundanlage, die Überprüfung und Reinigung der Eismaschine sowie Organisation von "Mixing Events" mit Industriepartnern ausgeführt zu haben. Diese Tätigkeiten seien im Wesentlichen in den Örtlichkeiten der Klägerin unter Einfügung in die Arbeits- und Betriebsorganisation, auch in zeitlicher Hinsicht, ausgeübt worden. Auch insoweit habe für diese Tätigkeiten gewisse Vorgaben im Hinblick auf die Art der Durchführung bestanden.

Das Urteil ist dem Bevollmächtigten der Klägerin mittels Empfangsbekanntnis am 02.01.2013 zugestellt worden.

Am 01.02.2013 hat die Klägerin Berufung beim Landessozialgericht Baden-Württemberg (LSG) eingelegt. Zur Begründung trägt die Klägerin vor, dass der Beigeladene zu 1) keineswegs die Hälfte der aufgewandten Arbeitszeit in der Betriebsstätte der Klägerin anwesend gewesen sei. Vielmehr habe der Beigeladene zu 1) ausweislich der Niederschrift über die mündliche Verhandlung vom 21.11.2012 mitgeteilt, dass er in der Woche ca zehn Stunden durchschnittlich in den Betriebsräumen der Klägerin vor Ort tätig sei. Darüber hinaus habe er angegeben, dass er täglich ca drei bis vier Stunden damit verbringe, sich weltweit über Neuigkeiten kundig zu machen. Dies entspreche allein ca 15 bis 20 Wochenstunden bei einer Fünftagewoche. Im Übrigen sei davon auszugehen, dass der Beigeladene zu 1) angesichts seiner gemachten Angaben einen größeren Teil der für die Klägerin entfaltenen Tätigkeit außerhalb deren Geschäftsräumlichkeiten entfaltet hat. Soweit bei der Beratung und Erstellung der Cocktailkarte Absprachen mit der Geschäftsleitung erforderlich gewesen seien, liege dies in der Natur der Sache. Als kreativer Selbstständiger habe der Beigeladene zu 1) Vorstellungen entwickelt, die natürlich nicht ohne eine Abstimmung mit der Klägerin umgesetzt werden sollten. Eine solche Abstimmung sei zur Vermeidung überflüssiger Arbeiten geradezu zwingend. Die Erstellung der Cocktailkarte sei jedoch dann in dem vom Beigeladenen zu 1) unterhaltenen Büro und nicht etwa in den Räumlichkeiten der Klägerin erfolgt. Soweit Schulung der Mitarbeiter sowie die Einarbeitung neuer Mitarbeiter in den Räumlichkeiten der Klägerin erfolgt sei, könne dies nicht als Argument dafür gelten, dass der Beigeladene zu 1) als abhängig Beschäftigter zu werten sei. Im Wesen der vom Beigeladenen zu 1) ausgeübten selbstständigen Tätigkeit wohne es inne, dass ein guter Teil derselben in den Räumlichkeiten der Auftraggeber verrichtet werden müsse. So auch die Einarbeitung und Schulung der Mitarbeiter der Klägerin, gleiches gelte für die Beratung der Gäste bezüglich besonderer Weine, Whiskys, Champagner usw, der Durchführung besonderer Events und die Betreuung besonderer Gäste oder Gruppen. Die im Zusammenhang mit diesen Aufgaben stehenden Vorbereitungstätigkeiten habe der Beigeladene zu 1) jedoch regelmäßig in seinen eigenen Räumlichkeiten vorgenommen. Ebenso wenig sei die Internetbetreuung, gute Teile der Kundenakquise sowie die Beschaffung spezieller Produkte und Materialien auf dem Gebiet der Gastronomie in den Räumlichkeiten der Klägerin erfolgt. Diese Tätigkeiten seien nahezu ausschließlich in den eigenen Räumlichkeiten des Beigeladenen zu 1) verrichtet worden. Soweit der Kläger außerhalb der Betriebsstätte der Klägerin tätig gewesen sei, seien diese Tätigkeiten damit keineswegs marginal. Hinsichtlich dieser Tätigkeiten sei der Beigeladene zu 1) im Übrigen in der zeitlichen Verrichtung auch frei gewesen. Zwar liege es in der Natur der Sache, dass der Beigeladene zu 1) sich zeitlich mit der Klägerin habe abstimmen müssen, was die Durchführung der Tätigkeiten in der Betriebsstätte der Klägerin angehe. Insoweit habe sich die Klägerin aber an die terminlichen Vorschläge des Beigeladenen zu 1) gehalten und diesem nicht etwa umgekehrt bestimmte Zeiten, in welchen diese Tätigkeiten zu verrichten waren, vorgegeben. Natürlich habe die Klägerin an den Beigeladenen zu 1) die Anforderung gestellt, an einer Kundengewinnung und Umsatzsteigerung mitzuwirken. Hinsichtlich der konkreten Ausgestaltung der Schulung und Einarbeitung von Mitarbeitern, der Beratung und Betreuung von Gästen oder Gruppen, der Durchführung besonderer Events, der Internetbetreuung und der Kundenakquise sei der Beigeladene zu 1) hingegen weitestgehend frei gewesen. Im Übrigen habe der Beigeladene zu 1) auch nicht unerhebliche wirtschaftliche Risiken getragen. So habe der Kläger sein Büro auf eigene Kosten ausgestattet und zahlreiche Artikel, die er zur Ausübung seiner Tätigkeit benötige, auf eigene Kosten und Risiken angeschafft. Auch habe der Beigeladene zu 1) auf eigene Kosten mehrere Fortbildungen absolviert. Soweit ein monatliches Fixum im Beratervertrag vereinbart worden sei, habe der Beigeladene zu 1) trotzdem ein erhebliches wirtschaftliches Risiko getragen. Dies zeige sich beispielhaft in den Monaten Juli und August 2008. In diesen Monaten sei der Beigeladene zu 1) nicht für die Klägerin tätig gewesen und habe deshalb auch davon abgesehen, diese Rechnungen zu stellen. Vielmehr habe sich der Beigeladene zu 1) dazu veranlasst gesehen, eine völlig andere Tätigkeit auszuüben, um seinen Lebensunterhalt sichern zu können. Allein die Möglichkeit, dass der Beigeladenen zu 1) einer anderen Tätigkeit habe nachgehen können, zeige dessen unternehmerische Freiheit. Auch seien dem Beigeladenen zu 1) in dem Beratervertrag wirtschaftliche Chancen eröffnet worden. So sei in § 2 vereinbart worden, dass neben dem monatlichen Fixum zusätzliche Leistungen extra vergütet würden. Dementsprechend habe der Kläger auch mit seiner Rechnung vom 02.10.2008 zusätzliche 800,00 EUR netto für eine geführte Spirituosensverkostung in Rechnung gestellt. Ein weiteres Risiko habe der Beigeladene zu 1) dadurch getragen, dass ausweislich des

geschlossenen Beratervertrages ohne Angaben von Gründen spätestens zum 15. eines Monats zum Schluss des Kalendermonats habe gekündigt werden können. Dass der Beigeladene zu 1) seinen jeweiligen Urlaub mit der Klägerin abgesprochen habe, sei schlicht eine Selbstverständlichkeit. Natürlich habe er nicht in Urlaub gehen können, ohne die Klägerin vorher und auch rechtzeitig hiervon zu unterrichten. Keinesfalls seien aber die Urlaubszeiten von der Klägerin diktiert worden. Diese seien vielmehr vom Beigeladenen zu 1) frei bestimmt worden. Zusammenfassend lasse sich daher festhalten, dass der Beigeladene zu 1) sowohl hinsichtlich Ort, Zeit, Art und Dauer der von ihm für die Klägerin verrichteten Tätigkeiten weitestgehend frei war. Er habe auch keinem Weisungsrecht unterlegen. Es lasse sich auch nicht daraus der Schluss auf eine abhängige Beschäftigung ziehen, dass der Beigeladene zu 1) im Jahr 2008 lediglich zwei weitere Aufträge seitens Dritter erhalten habe. Dies sei bei einer Existenzgründung nicht unüblich.

Die Klägerin beantragt,

das Urteil des Sozialgerichts Stuttgart vom 21.11.2012 sowie den Bescheid der Beklagten vom 23.09.2010 in Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 27.04.2011 aufzuheben.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sachverhalts sowie des Vorbringens der Beteiligten wird im Übrigen auf die Gerichtsakten erster und zweiter Instanz sowie die Verwaltungsakte der Beklagten Bezug genommen.

Entscheidungsgründe:

Die nach den [§§ 143, 144, 151 Abs 1 SGG](#) form- und fristgerecht eingelegte Berufung der Klägerin ist statthaft und zulässig, aber unbegründet. Die angefochtenen Bescheide der Beklagten sind rechtmäßig und verletzen die Klägerin nicht in ihren Rechten. Zu Recht hat das SG die Klage abgewiesen. Die Beklagte hat von der Klägerin zu Recht Sozialversicherungsbeiträge und Umlagen für den Beigeladenen zu 1) für den Zeitraum vom 01.12.2007 bis 31.12.2008 gefordert.

Rechtsgrundlage für den streitgegenständlichen Bescheid ist [§ 28p SGB IV](#). Nach [§ 28p Abs 1 SGB IV](#) 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 die Arbeitgeber zuständigen Träger der Rentenversicherung, wenn sie eine alsbaldige Prüfung bei dem Arbeitgeber für erforderlich hält. Die Prüfung umfasst auch die Entgeltunterlagen der Beschäftigten, für die Beiträge nicht gezahlt werden ... Die Träger der Rentenversicherung erlassen im Rahmen der Prüfung Verwaltungsakte zur Versicherungspflicht und zur 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. Zwar entscheidet grundsätzlich gemäß [§ 28h Abs 2 Satz 1 Halbsatz 1 SGB IV](#) die Einzugsstelle über die Versicherungspflicht und die Beitragshöhe in der Kranken-, Pflege- und Rentenversicherung sowie nach dem Recht der Arbeitsförderung. Dies gilt aber ausnahmsweise nicht für Entscheidungen im Rahmen einer Arbeitgeberprüfung.

Betriebsprüfungen durch den Rentenversicherungsträger haben nach der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts (BSG) nur eine Kontrollfunktion. Sie sollen einerseits Beitragsausfälle verhindern, andererseits die Sozialversicherungsträger davor bewahren, dass aus der Annahme von Beiträgen für nicht versicherungspflichtige Personen Leistungsansprüche entstehen. Die Entscheidung stellt sich vor diesem Hintergrund als kombinierte - positive oder negative - Feststellung von Versicherungspflicht und Beitragsnachrichtung oder Beanstandung dar. Die Besonderheit eines Bescheids nach [§ 28p Abs 1 Satz 5 SGB IV](#) liegt insoweit darin, dass über das Bestehen von Versicherungspflicht und die daraus resultierende Beitragsnachforderung gemeinsam zu entscheiden ist. Dies unterscheidet das Nachprüfungsverfahren hinsichtlich der Feststellung der Versicherungspflicht vom Statusfeststellungsverfahren nach [§ 7a Abs 1 Satz 1 SGB IV](#) (BSG 14.09.2004, [B 12 KR 1/04](#), [SozR 4-2400 § 22 Nr 2](#)). Eine reine Statusfeststellung ist auf der Grundlage von [§ 28p SGB IV](#) nicht zulässig (vgl Bayerisches LSG 28.06.2011, [L 5 R 88/10](#), juris). Die hier streitigen Beiträge werden als Gesamtsozialversicherungsbeiträge vom Arbeitgeber gezahlt ([§ 28g Satz 1](#) und 2, [28e Abs 1 Satz 1 SGB IV](#)).

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 1 Nr 1](#) Elftes Buch Sozialgesetzbuch, [§ 1 Satz 1 Nr. 1 SGBVI](#), [§ 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, m B 11 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. Diese Weisungsgebundenheit kann - vornehmlich bei Diensten höherer Art - eingeschränkt und zur "funktionsgerecht dienenden Teilhabe am Arbeitsprozess" verfeinert sein. Demgegenüber ist eine selbstständige Tätigkeit vornehmlich durch das eigene Unternehmerrisiko, das Vorhandensein einer eigenen Betriebsstätte, die Verfügungsmöglichkeiten über die eigene Arbeitskraft und die im Wesentlichen freigestaltete Tätigkeit und Arbeitszeit gekennzeichnet. Ob jemand abhängig beschäftigt oder selbstständig tätig ist, richtet sich ausgehend von den genannten Umständen nach dem Gesamtbild der Arbeitsleistung und hängt davon ab, welche Merkmale überwiegen (ständige Rechtsprechung; vgl zum Ganzen zB zuletzt BSG 29.08.2012, [B 12 KR 25/10 R](#), [SozR 4-2400 § 7 Nr 17 mwN](#)).

Ob eine abhängige 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 zur

ursprünglich getroffenen Vereinbarung stehende tatsächliche Beziehung und die hieraus gezogene 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. In diesem Sinne gilt, dass die tatsächlichen Verhältnisse den Ausschlag geben, wenn sie von Vereinbarungen abweichen. Maßgeblich ist die Rechtsbeziehung so, wie sie praktiziert wird und die praktizierte Beziehung so, wie sie rechtlich zulässig ist (ständige Rechtsprechung des BSG seit mindestens 2008, vgl auch hierzu BSG 29.08.2012, [aaO](#)).

Nach den genannten Grundsätzen gelangt der Senat unter Abwägung aller Umstände zu der Überzeugung, dass der Beigeladene zu 1) im streitgegenständlichen Zeitraum eine sozialversicherungspflichtige Beschäftigung bei der Klägerin ausgeübt hat und daher Versicherungspflicht in der gesetzlichen Kranken- und Rentenversicherung, in der sozialen Pflegeversicherung sowie nach dem Recht der Arbeitsförderung bestanden hat.

Dabei kann unterstellt werden, dass die Klägerin und der Beigeladene zu 1) kein abhängiges Beschäftigungsverhältnis begründen wollten. Dem sich aus mündlichen oder schriftlichen Vereinbarung ergebenden Willen der Vertragsparteien kommt jedoch nur eine Indizwirkung zu, dessen Bedeutung zurücktritt, wenn die tatsächlichen Umstände der Durchführung des Vertragsverhältnisses dem widersprechen. Soweit der Beigeladene zu 1) ein Gewerbe angemeldet hat, ist dieser Gesichtspunkt für die Abgrenzung zwischen abhängiger und selbstständiger Tätigkeit ohne Bedeutung. Die Bewertung einer Tätigkeit als abhängige Beschäftigung bzw selbstständige Tätigkeit kann ebenso wenig wie das Bestehen und Nichtbestehen von Sozialversicherungspflicht vertraglich vereinbart werden. Die Anmeldung eines Gewerbes setzt eine selbstständige Tätigkeit voraus, begründet aber für sich allein kein solches (Senatsbeschluss vom 19.07.2012, L 11 KR 1789/12, juris).

Der zwischen der Klägerin und dem Beigeladenen zu 1) geschlossene Vertrag spricht für das Vorliegen eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses, weil darin dem Kläger ein fester monatlicher Entgeltanspruch eingeräumt wird, den er als Gegenleistung dafür erhielt, dass er seine Arbeitskraft dem Unternehmen der Klägerin zur Verfügung stellte. Die Aufzählung der vom Beigeladenen zu 1) geschuldeten Tätigkeit in § 1 Abs 1 des Vertrages vom 01.12.2007 enthält die Umschreibung der von einem leitenden Mitarbeiter in einer Bar oder einem Club geschuldeten Arbeitsleistung. Dies spricht im vorliegenden Fall für eine abhängige Beschäftigung, weil die unterschiedlichen Dienstleistungen - zB Schulungen der Mitarbeiter, Beratung und Betreuung von Gästen, Erstellen der Cocktailkarte usw - keinen Einfluss auf die Höhe der von der Klägerin geschuldeten monatlichen Pauschale hatten. Den unterschiedlichen Dienstleistungen waren auch keine unterschiedliche Vergütungen zugeordnet. Bei einer selbständigen Tätigkeit hätte es zB nahe gelegen, die Schulung von Mitarbeitern anders zu vergüten als das Erstellen einer Cocktailkarte oder die Beratung der Gäste. Dies belegt, dass die aufgezählten Leistungen gar keine eigenständigen Dienstleistungen waren und die monatliche Zahlung eines festen Betrages einer Gehaltszahlung entsprach. Der Beigeladene zu 1) trug folglich kein Unternehmerrisiko. Er bekam seine Pauschale bzw sein Gehalt unabhängig davon, wie stark die Lokalitäten der Klägerin frequentiert wurden und wie häufig zB eine Beratung von den Gästen verlangt wurde. Daher bestand keine Gefahr, durch den Einsatz von Arbeitsmitteln Verluste zu erleiden oder für den Einsatz der Arbeitskraft keine Entlohnung zu erhalten. Umgekehrt konnte der Beigeladene zu 1) durch seinen Einsatz auch keine zusätzlichen Gewinne realisieren. Aus diesem Grund ist auch der Hinweis im Vertrag, dass zusätzliche Leistungen extra vergütet würden, ohne Bedeutung, weil gar nicht erkennbar war, worin eine zusätzliche Leistung hätte bestehen können.

Für eine Eingliederung des Beigeladenen zu 1) in den Betrieb der Klägerin spricht zusätzlich, wengleich nicht allein entscheidend, dass der wesentliche Teil der Tätigkeiten des Beigeladenen zu 1) in den Räumlichkeiten der Klägerin und unter Berücksichtigung bestimmter Erwartungen an die Art der Ausführung stattfand. Zutreffend hat insoweit das Sozialgericht darauf hingewiesen, dass die Einarbeitung und Schulung der Mitarbeiter in der Betriebsstätte erfolgte, ebenso die Beratung zur Erstellung der Cocktailkarte, die Beratung der Gäste, die Durchführung besonderer Events und die Betreuung besonderer Gäste oder Gruppen wie auch die Beratung hinsichtlich spezieller Produkte und Materialien auf dem Gebiet der Gastronomie. Der Umstand, dass der Beigeladene zu 1) einen Teil seiner Leistungen auch von zuhause aus erledigen konnte, spricht nicht gegen die Annahme einer abhängigen Beschäftigung. Ein häuslicher Arbeitsplatz ist auch bei abhängig Beschäftigten keine Seltenheit mehr. Dieses Kriterium ist für die Abgrenzung zu einer selbständigen Tätigkeit daher nicht von ausschlaggebender Bedeutung. Auch die weiteren Angaben zu den tatsächlichen Verhältnissen bestärken die Bewertung der Tätigkeit als abhängige Beschäftigung. Hierauf hat das SG zutreffend hingewiesen. Die Wartung und Überarbeitung des EDV- und Kassensystems, die Wartung der Licht- und Soundanlage, die Überprüfung und Reinigung der Eismaschine sowie die Organisation von Mixing-Events mit Industriepartnern fanden im Wesentlichen in den Örtlichkeiten der Klägerin unter Einführung in die Arbeits- und Betriebsorganisation, auch in zeitlicher Hinsicht statt. Diese Tätigkeiten beeinflussten zudem die Höhe des Entgeltanspruches in keiner Weise.

Dementsprechend ist der Beigeladene zu 1) gegenüber den Kunden auch nicht als selbstständiger Unternehmer in Erscheinung getreten. Weder durch seine Kleidung noch durch sein Auftreten wurde erkennbar, dass es sich vorliegend nicht um einen abhängig Beschäftigten der Klägerin handelt. Der Beigeladene zu 1) wurde in der Öffentlichkeit regelmäßig als "Barchef" der Klägerin bezeichnet. Auch dies spricht dafür, dass der Beigeladene zu 1) in den Betrieb eingegliedert war.

Ausgehend von dem Vortrag der Klägerin ist im Übrigen auch davon auszugehen, dass der Beigeladene zu 1) verpflichtet war, seine Tätigkeit persönlich zu erbringen, wie dies für einen Arbeitnehmer typisch ist. So hat die Klägerin mehrfach darauf hingewiesen, dass sie die besondere Sachkunde des Klägers hinsichtlich der Events schätzt und auch sein technisches Knowhow etwa bei der Bedienung und Reinigung der Eismaschine benötigt. Es ist daher nicht davon auszugehen, dass der Beigeladene zu 1) ohne Weiteres Aushilfskräfte hätte einsetzen können.

Der Beigeladene zu 1) hat - wie bereits dargelegt- kein unternehmerisches Risiko 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 sachlichen Mittel also ungewiss ist (BSG 12.12.1990, 11 Rar 73/90, juris; BSG 28.05.2008, [B 12 KR 13/07 R](#), juris). Dies war hier nicht der Fall. An Betriebsmitteln hat der Beigeladene zu 1) lediglich einen PC, eine Telefonanlage, Büroausstattung, Cocktailartikel usw vorgehalten. Die Nutzung der eigenen Wohnung und des eigenen Telefons finanziert jedoch jeder Arbeitnehmer aus seinem Einkommen, sie können daher nicht als relevantes Betriebsmittel gesehen werden (vgl Landessozialgericht Hessen 25.08.2011, [L 8 KR 306/08](#), juris). Die Gefahr eines Verlustes bestand ebenfalls nicht. Nach § 2 Abs 1 des Beratervertrages erhält der Beigeladene für seine

Tätigkeit eine jährliche Vergütung von mindestens 18.000,00 EUR, zahlbar in monatlichen Teilbeträgen von 1.500,00 EUR. Zusätzliche Leistungen werden extra vergütet. Diese vertragliche Regelung zur Vergütung wurde auch tatsächlich umgesetzt. Einzige Ausnahme sind die Monate Juli und August 2008. In diesen Monaten hat der Beigeladene zu 1) nicht die vertraglich geregelten Teilbeträge in Rechnung gestellt. Dem lag jedoch zugrunde, dass er in diesen Monaten eine Tätigkeit für die A. Verwaltungs- und Vermietungs GmbH als Aushilfe ausgeübt hat, für die er im Juli 2008 1.232,00 EUR und im August 2008 1.176,00 EUR Vergütung erlangt hat. Für die Klägerin war er nur in geringerem Umfang als üblich tätig. Hieraus zeigt sich deutlich, dass der Beigeladene zu 1) bereits aufgrund der vertraglichen Regelung kein unternehmerisches Risiko im Zusammenhang mit seiner Tätigkeit für die Klägerin hatte. Es war ein jährliches Mindesteinkommen festgelegt, so wie die Höhe der hieraus monatlich zu zahlenden Leistungen. Der Beigeladene zu 1) konnte mit diesem Einkommen planen und dies, obwohl nach seiner Tätigkeits- und Aufgabenbeschreibung monatlich unterschiedlich hoher Arbeitsanfall vorlag. Teilweise handelt es sich im Übrigen um Sachmittel, die der Beigeladene über Jahre zunächst für sich hobbymäßig, dann im Hinblick auf das Anbieten spezieller Dienstleistungen, angeschafft hat. Wesentliche Anschaffungskosten und Vorhaltung bzw Fixkosten, die ein Unternehmerrisiko begründen könnten, hat der Beigeladene im streitigen Zeitraum nicht gehabt. Die Büroräumlichkeiten wurden ihm zu dieser Zeit kostenlos von seinen Schwiegereltern zur Verfügung gestellt. Soweit der Beigeladene Waren, insbesondere Knicklichter und weißen Rohrzucker beschafft und an die Klägerin weiterverkauft hat, fällt dieser Warenankauf kaum ins Gewicht. Im Übrigen hat der Beigeladene zu 1) diese Waren jeweils konkret für einen anlassbezogenen Weiterverkauf an die Klägerin eingekauft und somit ohne Risiko im Hinblick auf eine Warenabnahme. Insoweit handelt es sich lediglich um den Ersatz von Auslagen. Dies steht der Annahme eines Beschäftigungsverhältnisses nicht entgegen. Entscheidend ist, dass der Beigeladene zu 1) nicht die Möglichkeit hatte, durch seinen persönlichen Einsatz die ihm zustehende Vergütung zu erhöhen. Sein Gehalt hing nicht davon ab, wie viele Gäste er betreute und wie viele Events er durchführte.

Zwar verkennt der Senat nicht, dass in § 2 Abs 2 des Beratervertrages ausgeführt wird, dass Ansprüche auf Urlaub und Vergütungfortzahlung nicht bestehen. Aufgrund der pauschalen monatlichen Vergütung und Vereinbarung eines Mindestentgelts und der Möglichkeit der teilweisen freien Arbeitszeiteinteilung wirkten sich Urlaubs- bzw Krankheitstage allerdings nicht mindernd auf das Entgelt aus. Im Übrigen hat der Beigeladene zu 1) angegeben, dass er durchaus Urlaubstage mit der Klägerin abgesprochen und auch Krankheitstage dieser gegenüber gemeldet hat. Insoweit ist die Vereinbarung hinsichtlich des Ausschlusses auf Urlaub und Vergütungszahlung als Ausfluss des Verständnisses zwischen Kläger und Beigeladenem zu 1) über die selbstständige Tätigkeit zu sehen. Der tatsächliche Vollzug der Regelung spricht freilich für eine abhängige Beschäftigung.

Ebenfalls kein entscheidendes Kriterium für eine selbstständige Tätigkeit ist eine Tätigkeit für andere Auftraggeber im streitigen Zeitraum. Ein abhängig Beschäftigter kann für mehrere Auftraggeber (abhängig) beschäftigt sein (Urteil des Senats vom 17.01.2012, [L 11 R 1138/10](#), juris).

Aus der Gesamtwürdigung folgt damit zur Überzeugung des Senats, dass die Merkmale einer abhängigen Beschäftigung überwiegen und das wesentliche Gepräge der Tätigkeit demjenigen einer abhängigen Beschäftigung entspricht. Daher ist die Beklagte zutreffend von einer abhängigen Beschäftigung gegen Entgelt ausgegangen und hat mithin auch Versicherungspflicht in allen Zweigen der Sozialversicherung angenommen. Die geltend gemachte Beitragshöhe, die zeitabschnittsweise Aufschlüsselung der nachgeforderten Beiträge sowie ihre Zuordnung entsprechend den einzelnen Zweigen der Sozialversicherung lassen keinen Rechtsfehler erkennen. Es wurden auch seitens der Klägerin keine geltend gemacht.

Die Kostenentscheidung beruht auf [§ 197a SGG](#) iVm [§ 154 Abs 1](#) Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO). Die Beigeladenen tragen gemäß [§ 197a Abs 1 Satz 1 SGG](#) iVm [§ 162 Abs 3 VwGO](#) ihre außergerichtlichen Kosten selbst. Der Senat sieht keine Veranlassung, diese Kosten aus Billigkeit der Beklagten als unterliegende Beteiligte aufzuerlegen, weil die Beigeladenen keine Anträge gestellt haben (vgl Leitherer in Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer, SGG, 10. Aufl, § 197a Rdnr 29 mwN).

Die Festsetzung des Streitwerts erfolgt nach [§ 197a SGG](#) iVm [§§ 47 Abs 2 Satz 1, 52 Abs 3, 53 Abs 2 Nr 4](#) Gerichtskostengesetz und entspricht der hier streitigen Nachforderung, welche die Beklagte mit dem streitigen Bescheid fordert.

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

Rechtskraft

Aus

Login

BWB

Saved

2015-01-14