L 11 R 3898/14

Land
Baden-Württemberg
Sozialgericht
LSG Baden-Württemberg
Sachgebiet
Rentenversicherung
Abteilung
11
1. Instanz
SG Freiburg (BWB)
Aktenzeichen
S 8 R 820/13
Datum
08.09.2014
2. Instanz
LSG Baden-Württemberg
Aktenzeichen
L 11 R 3898/14
Datum
20.10.2015
3. Instanz
Bundessozialgericht
Aktenzeichen
-
Datum
-
Kategorie
Urteil
Leitsätze
1. Lkw-Fahrer ohne eigenen Lkw sind regelmäßig abhängig beschäftigt.
2. Ein illegales Beschäftigungsverhältnis iSv § 14 Abs. 2 Satz 2 SGB V ist nicht anzunehmen, wenn die Beschäftigung der Scheinselbständigen auf eine fehlerhafte Bewilligung von Existenzgründungszuschüssen durch die Agentur für Arbeit zurückzuführen ist.
3. Für die Frage, ob iSv § 24 Abs. 2 SGB IV 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. Maßgebend ist im Fall des § 24 Abs. 2 SGB IV nur, ob die Unkenntnis des Beitragsschuldners von der Zahlungspflicht vermeidbar war (Abweichung von BSG 26.01.2005, B 12 KR 3/04R, SozR 4-2400 § 14 Nr 7).
Auf die Berufung der Klägerin wird der Gerichtsbescheid des Sozialgerichts Freiburg vom 08.09.2014 abgeändert und der Bescheid der Beklagten vom 25.05.2012 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 31.01.2012 insoweit aufgehoben, als Sozialversicherungsbeiträge und Umlagen in Höhe von mehr als 130.703,92 EUR und Säumniszuschläge in Höhe von mehr als 67.387 EUR nachgefordert werden. Im Übrigen wird die Berufung zurückgewiesen.

Die Klägerin trägt 3/5, die Beklagte 2/5 der Kosten des Rechtsstreits in beiden Rechtszügen. Außergerichtliche Kosten der Beigeladenen sind nicht zu erstatten.

Der Streitwert für das Berufungsverfahren wird endgültig auf 337.761,43 EUR festgesetzt.

Tatbestand:

Die Klägerin wendet sich gegen die Nachforderung von Sozialversicherungsbeiträgen im Rahmen einer Betriebsprüfung für die Zeit vom 01.08.2005 bis 31.07.2009 in Höhe von 220.764,85 EUR zuzüglich Säumniszuschlägen in Höhe von 116.996,58 EUR.

Die Klägerin betreibt ein Transportunternehmen. Der Geschäftsführer der Klägerin wurde vom Amtsgericht K. (AG) mit Urteil vom 02.02.2012 (1 Cs 430 Js 1755/10) wegen Vorenthaltens und Veruntreuens von Arbeitsentgelt in 75 Fällen (betreffend die Fahrer L., F., H., K., N.) zu einer Gesamtgeldstrafe von 120 Tagessätzen à 35 EUR verurteilt, im Übrigen (betreffend die Fahrer R., F., K.) wurde er freigesprochen. Im Berufungsverfahren vor dem Landgericht F. wurde das Verfahren mit Beschluss vom 10.10.2012 (10 Ns 430 Js 1755/10-AK 18/12) gegen die Auflage der Zahlung von 4.200 EUR in Raten nach § 153a Strafprozessordnung vorläufig eingestellt, inzwischen endgültig.

Die Fahrer U. L., G. F., J. H., M. K., G. R., A. N., E. F. und U. K. (jetzt G.), die als Beigeladene zu 1) bis 8) am Verfahren beteiligt sind, waren im Zeitraum August 2005 bis Juli 2009 aufgrund mündlicher Vereinbarung auf Stundenlohnbasis für die Klägerin tätig. Sie erledigten dabei Transportaufträge mit Fahrzeugen der Klägerin in gleicher Weise wie die fest angestellten Fahrer der Klägerin. Die Beigeladenen zu 1) bis 8) stellten für ihre Tätigkeiten Rechnungen auf Stundenbasis mit einem festen Stundenlohn zwischen 17,50 EUR und 25 EUR im streitigen Zeitraum. Die Beigeladenen zu 1) bis 4) und 6) waren zuvor bei der Klägerin fest angestellt als Fahrer. Nach Kündigung durch die Klägerin

beantragten sie bei der Arbeitsagentur eine Förderung als sog "Ich-AG" (Existenzgründungszuschuss), die gewährt wurde, und waren danach in gleicher Weise wie zuvor für die Klägerin tätig. Bis auf den Beigeladenen zu 5) verfügte keiner der Fahrer über eine Erlaubnis nach § 3 Güterkraftverkehrsgesetz (GüKG) oder eine Gemeinschaftslizenz nach Art 3 der Verordnung (EWG) 881/92. Der Beigeladene zu 5) verfügte bis 07.12.2008 über eine EU-Lizenz aufgrund seiner früheren Tätigkeit als Inhaber eines Baggerbetriebs. Das letzte Fahrzeug dieses Betriebs wurde im April 2007 verkauft. Die Beigeladenen zu 1) bis 8) hatten alle Gewerbe als Fahrer angemeldet.

Die Beklagte hörte nach Auswertung der Ermittlungen des Hauptzollamts L. sowie des Urteils des AG die Klägerin mit Schreiben vom 23.03.2012 zu einer beabsichtigten Nachforderung von Sozialversicherungsbeiträgen in Höhe von 220.764,85 EUR für den Zeitraum 01.08.2005 bis 31.07.2009 zuzüglich Säumniszuschlägen in Höhe von 116,996,58 EUR an.

Mit Bescheid vom 25.05.2012 setzte die Beklagte eine entsprechende Forderung gegen die Klägerin in Höhe von insgesamt 337.761,43 EUR fest. Dabei ließ sie für die Beitragsfestsetzung Zeiträume außer Betracht, für die von den Fahrern Existenzgründungsleistungen der Bundesagentur für Arbeit bezogen worden waren. In den übrigen Zeiträumen berücksichtigte sie den von der Klägerin tatsächlich gezahlten Stundenlohn und rechnete diesen Nettolohn nach § 14 Abs 2 Sozialgesetzbuch Viertes Buch (SGB IV) auf einen fiktiven Bruttolohn hoch. Die Klägerin habe die Fahrer G. F., A. N., U. L., J. H., M. K., E. F., G. R. und U. K. als Arbeitnehmer beschäftigt, ohne Sozialversicherungsbeiträge abzuführen. Hiergegen legte die Klägerin am 14.06.2012 Widerspruch ein.

Am 26.06.2012 beantragte die Klägerin beim Sozialgericht Freiburg (SG) vorläufigen Rechtsschutz. Mit Beschluss vom 12.07.2012 (S 6 R 3160/12 ER) ordnete das SG die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs der Klägerin gegen den Bescheid vom 25.05.2012 an, soweit Säumniszuschläge auf die Sozialversicherungsbeiträge bezüglich E. F., G. R. und U. K. gefordert wurden und lehnte im Übrigen den Antrag ab. Die dagegen eingelegte Beschwerde blieb ohne Erfolg. Mit Beschluss vom 18.12.2012 (L 11 R 3553/12 ER-B) wies der Senat die Beschwerde mit der Maßgabe zurück, dass die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs wegen der Festsetzung von Säumniszuschlägen iHv 39.384 EUR angeordnet wird.

Die Beklagte wies den Widerspruch der Klägerin mit Widerspruchsbescheid vom 31.01.2013 zurück. Zur Begründung führte sie aus, die Versicherungspflicht bzw – freiheit werde anhand verschiedener Kriterien geprüft, die einzelfallbezogen und branchenspezifisch unterschiedlich zu berücksichtigen seien. Herausragendes Kriterium sei das Fehlen eigener Betriebs- oder Produktionsmittel und Fehlen des Unternehmerrisikos. Der Gesetzgeber habe für die Tätigkeit des selbstständigen Frachtführers in den Vorschriften der §§ 425 ff Handelsgesetzbuch gewisse Obliegenheiten und Typenmerkmale für den Frachtvertrag unter selbstständigen Unternehmern herangebildet, die bei Übernahme eines fremden Transportfahrzeugs zur Auslieferung von Waren nicht erfüllt werden könnten. Der Gesetzgeber gehe davon aus, dass auch der Unterfrachtführer durch die Wahl eigener Betriebsmittel die Ausführung des Frachtvertrags mit eigener Sorgfalt ausgestalten und bestimmen könne und ihm nicht nur das Transportrisiko überbürdet werde. Die bloße Anhäufung von Risiken ohne Chancen auf höheren Gewinn bei dem Auftragnehmer machten diesen nicht zum Selbstständigen. Beim Auftragnehmer ergebe sich hier keine Preiskalkulation, die Aufwand, Betriebskosten, Risiken, Versicherung etc kalkuliere, sondern einem Arbeitnehmer ähnlich reiner Zeitaufwand nach Stundenpauschalen. Gerade im Transportgewerbe sei der Einsatz eines eigenen hochwertigen Betriebsmittels ein Kriterium von herausragender Bedeutung. Soweit die Klägerin geltend mache, die Arbeitsagentur fördere selbstständige Frachtführer im Rahmen der Ich-AG, hätten die Fahrer in den Antragsformularen angegeben, sie seien nicht persönlich abhängig von einem Auftraggeber, seien nicht in die Organisation eines Auftraggebers insbesondere durch Zusammenarbeit mit dessen Mitarbeitern oder die Arbeit mit dessen Arbeitsmitteln eingebunden. Dies sei jedoch nicht der tatsächliche Fall gewesen. Im Übrigen bestehe keine Bindung an Entscheidungen der Bundesagentur für Arbeit. Nach Gesamtwürdigung aller Umstände überwögen die für ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis sprechenden Merkmale. Soweit das AG in seinem Urteil ausgeführt habe, dass bezüglich der Fahrer F., R. und K. ein Irrtum bezüglich der Scheinselbstständigkeit vorgelegen habe, schließe dieser Irrtum nicht aus, dass Beiträge mit bedingtem Vorsatz nicht gezahlt worden seien, da die Möglichkeit der Beitragspflicht erkennbar gewesen und eine Klärung mit den zuständigen Stellen unterblieben sei. Unverschuldete Unkenntnis könne daher nicht geltend gemacht werden.

Hiergegen richtet sich die am 21.02.2013 zum SG erhobene Klage. Die Klägerin nimmt Bezug auf das Strafverfahren und folgert daraus, dass es sich nicht um Scheinselbstständige gehandelt habe. Hinsichtlich der durch die Arbeitsagentur geförderten Mitarbeiter F., N., L., K. und H. habe sich die Klägerin auf die Handhabung durch die Bundesagentur für Arbeit verlassen.

Mit Gerichtsbescheid vom 08.09.2014 hat das SG die Klage abgewiesen. Zur Begründung hat es auf die Begründung des Widerspruchsbescheids Bezug genommen und ergänzend ausgeführt, es schließe sich nach Durchsicht der Verwaltungsakten und der Aussagen gegenüber dem Hauptzollamt L. sowie der Strafakte dem Senatsbeschluss vom 18.12.2012 (L 11 R 3553/12 ER-B) an. Im Hauptsacheverfahren habe die Klägerin weder ergänzend vorgetragen, noch habe sich aus dem vor dem Landgericht F. geführten Berufungsverfahren anderes ergeben. Soweit die Klägerin auf die Förderung der Fahrer F., N., L., H. und K. durch die Bundesagentur für Arbeit im Rahmen einer Ich-AG hinweise, ergebe sich aus der Aussage des Herrn M., Herrn E. und Frau S. (Bundesagentur für Arbeit) gerade nicht, dass aufgrund der Förderung die Beschäftigten tatsächlich Selbstständige gewesen seien. Entscheidend komme es auf die Unterlagen an, die der Bundesagentur vorgelegt worden seien. Übereinstimmend sei erklärt worden, dass die Antragsteller auf die Problematik der Scheinselbstständigkeit hingewiesen worden seien und ein entsprechendes Merkblatt erhalten hätten. Auf Grund dieser Vorgänge, die zeitlich vor dem hier relevanten Zeitraum lägen, könne die Klägerin nicht für sich geltend machen, dass dies bedingten Vorsatz entfallen lasse. Gerade auch für die Fahrer F., R. und K., die nicht zuvor bei der Klägerin beschäftigt gewesen seien, jedoch die gleiche Tätigkeit wie die Fahrer F., N., L., H. und K. ausgeübt hätten, dränge sich das Bestehen einer Beitragspflicht aufgrund der Vergleichbarkeit gerade auf.

Gegen den ihrem Bevollmächtigten am 10.09.2014 zugestellten Gerichtsbescheid richtet sich die am 12.09.2014 eingelegte Berufung der Klägerin. Im Berufungsverfahren vor dem Landgericht F. habe Herr E. von der Arbeitsagentur als Zeuge ausgesagt, dass der Geschäftsführer der Klägerin mit ihm besprochen habe, ob es die Möglichkeit gebe, auch bei vorheriger Beschäftigung im Betrieb, Fahrer, die in Form einer Ich-AG organisiert seien, als selbstständige Fahrer für sich tätig werden zu lassen. Der Zeuge E. habe erklärt, dass es diese Möglichkeit gebe, für jeden Einzelnen müsse dies jedoch aufgrund eines Antrags geprüft werden. Entscheidend sei für den Zeugen E. die Zukunftsträchtigkeit einer solchen Entscheidung gewesen. Über die Fiktion nach § 7 SGB IV, eventuelle Probleme nach Ende der Förderung im Hinblick auf eine Scheinselbstständigkeit habe er den Geschäftsführer der Klägerin nicht aufgeklärt. Der Zeuge habe zu dieser Zeit selbst hierüber keine verlässlichen Angaben gehabt, da die Ich-AG neu gewesen sei und keine Erfahrungswerte bestanden hätten. Im Strafverfahren habe man sich dann auf eine Verfahrenseinstellung mit inzwischen gezahlter Geldauflage geeinigt. Nach den Ausführungen

der Vorsitzenden Richterin sei es bei Verfahren wegen Vorenthalten und Veruntreuen von Arbeitsentgelt in dieser Größenordnung noch nie zu einer Einstellung nach § 153a StPO gekommen. Das Landgericht habe darauf hingewiesen, dass die fehlerhafte Beratung durch die Bundesagentur für Arbeit ausschlaggebend für die Situation gewesen sei und es daher einer Bestrafung des Geschäftsführers der Klägerin nicht bedurft habe. Die Förderung der Fahrer sei bereits nach den damaligen Regeln über die Ich-AG unzulässig gewesen. Soweit das SG darauf abstelle, dass die Mitarbeiter über die Problematik der Scheinselbstständigkeit aufgeklärt worden seien, sei eine entsprechende Beratung der Klägerin gerade nicht erfolgt, diese habe auch keinerlei Informationen über das Ende der Förderzeiträume erhalten. Die Beklagte habe für den Zeitraum der Förderung keine Nacherhebungen veranlasst. Es übersteige jedoch die Fähigkeiten und Anforderungen an einen Unternehmer, nach Beendigung eines Förderzeitraums einen Übergang von einer Fiktion der Selbstständigkeit in eine beitragspflichtige Scheinselbstständigkeit zu verstehen. Für einen juristischen Laien sei unmöglich, sich vorzustellen, dass aus einem ursprünglich legalen Zustand allein durch das Auslaufen der Förderung, von der die Klägerin nicht einmal Kenntnis erhalten habe, ein illegaler Zustand produziert werde. Ein entschuldbarer Rechtsirrtum schließe die Erhebung von Säumniszuschlägen aus. Hinsichtlich der angeblich Scheinselbstständigen F., K., N. und R. ergäben sich aus den Akten zahlreiche Unterlagen, dass diese Personen bereits vor der Tätigkeit für die Klägerin selbstständig tätig gewesen seien, sie seien auch für andere Unternehmen als Fahrer tätig gewesen. Es handele sich um echte Selbstständige mit eigenen Betrieben. Im vorliegenden Sachverhalt liege eine erheblich Anzahl von Besonderheiten vor, so dass sich der Sachverhalt in eklatantem Maß von vergleichbaren Verfahren unterscheide.

Die Klägerin beantragt,

den Gerichtsbescheid des Sozialgerichts Freiburg vom 08.09.2014 und den Bescheid der Beklagten vom 25.05.2012 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 31.01.2013 aufzuheben.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Bezüglich der Fahrer F., R. und K. sei durch das AG keine Verurteilung erfolgt, weil dieses davon ausgegangen sei, dass der Geschäftsführer der Klägerin sich im Irrtum darüber befunden habe, dass diese lediglich als Scheinselbstständige tätig gewesen seien und daher nicht vorsätzlich gehandelt habe. Die Tätigkeit dieser Personen habe sich nicht wesentlich von den übrigen Beschäftigten unterschieden. Lediglich in den Fällen der Gewährung eines Existenzgründungszuschusses nach § 421l Sozialgesetzbuch Drittes Buch (SGB III) habe für die Zeit vom 01.01.2003 bis 30.06.2006 die widerlegbare Vermutung einer selbstständigen Tätigkeit bestanden. Die Beklagte habe keine Beitragsforderungen für Zeiten der Gewährung eines Existenzgründungszuschusses erhoben. Insoweit seien die Ausführungen der Klägerin zur Ich-AG unverständlich. Vertrauensschutz könne die Fiktionswirkung des § 7 Abs 4 SGB IV aF ausschließlich für die Dauer der tatsächlichen Gewährung des Zuschusses begründen. Es habe daher dem Auftraggeber oblegen, sich die Voraussetzungen der Förderung als auch deren Wegfall nachweisen zu lassen. Es sei keine legale in eine illegale Beschäftigung umgeschlagen, sondern lediglich der Vertrauensschutz sei entfallen. Soweit die Berufungsbegründung auf Tätigkeiten der Fahrer für weitere Auftraggeber hinweise, lasse dies nicht den Schluss zu, dass die Tätigkeit in der Gesamtheit selbstständig ausgeübt werde; nur das Auftragsverhältnis zu dem geprüften Betrieb sei maßgeblich. Die Argumentation, dass sich die Klägerin durch die Bundesagentur für Arbeit habe beraten lassen, zeige deutlich, dass die Klägerin die Möglichkeit erkannt habe, dass ein beitragsrechtliches Risiko bestanden habe. Die Klägerin habe dabei mitgewirkt, abhängige Beschäftigungsverhältnisse in neu zu gründende Ich-AGs auszugliedern. Im Ergebnis sei dies lediglich für die Zeit der Förderung nicht zu beanstanden. Ein etwaiges Vertrauen in das Vorliegen von Selbstständigkeit habe keine Auswirkungen auf die Nacherhebung von Sozialversicherungsbeiträgen und Umlagen.

Die Beigeladenen haben sich im Berufungsverfahren nicht geäußert und keine Anträge gestellt.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sachverhalts und des Vorbringens der Beteiligten wird auf den Inhalt der Gerichtsakte, der Verwaltungsakte der Beklagten und der beigezogenen Akte des Strafverfahrens (430 Js 1755/10) Bezug genommen.

Entscheidungsgründe:

Die Berufung der Klägerin hat teilweise Erfolg.

Die form- und fristgerecht (§ 151 Abs 1 Sozialgerichtsgesetz (SGG)) eingelegte sowie statthafte (§ 143 SGG) Berufung ist zulässig und in der Sache insoweit begründet, als die Beklagte zu hohe Beiträge und Säumniszuschläge festgesetzt hat. Im Übrigen ist der angefochtene Bescheid vom 25.05.2012 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 31.01.2013 rechtmäßig und verletzt die Klägerin nicht in ihren Rechten.

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

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

Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundessozialgerichts (BSG 24.01.2007, B 12 KR 31/06 R, SozR 4 - 2400 § 7 Nr 7, BSG 04.07.2007, B 11a AL 5/06 R, SozR 4-2400 § 7 Nr 8) setzt eine Beschäftigung voraus, dass der Arbeitnehmer vom Arbeitgeber persönlich abhängig ist. Bei einer Beschäftigung in einem fremden Betrieb ist dies der Fall, wenn der Beschäftigte in den Betrieb eingegliedert ist und dabei einem Zeit, Dauer, Ort und Art der Ausführung umfassenden Weisungsrecht des Arbeitgebers unterliegt. Demgegenüber ist eine 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 BVerfG 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).

Die Tätigkeit als Lkw-Fahrer kann sowohl im Rahmen eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses (vgl allg hierzu BSG 19.08.2003, B 2 U 38/02R, SozR 4-2700 § 2 Nr 1; 22.06.2005, B 12 KR 28/03 R, SozR 4-2400 § 7 Nr 5; LSG Baden-Württemberg 23.01.2004, L 4 KR 3083/02, juris; LSG Baden-Württemberg 16.01.2004, L 4 KR 763/04; LSG Baden-Württemberg 05.04.2006, L 5 KR 5313/04; Senatsurteil 06.11.2007, L 11 KR 2407/04) als auch im Rahmen eines freien Dienstverhältnisses als selbstständige Tätigkeit (vgl zu Fahrertätigkeiten BSG 27.11.1980, 8a RU 26/80, SozSich 1981, 220; LSG Nordrhein-Westfalen 13.09.2007, L 5 R 5/06, juris; Bayerisches LSG 17.11.2006, L 5 KR 293/05, juris; zu Flugzeugführern BSG 28.05.2008, B 12 KR 13/07 R, SGb 2008, 401) ausgeübt werden. Für die Statusabgrenzung ist sowohl nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (BAG) als auch nach der Rechtsprechung des BSG nicht entscheidend, an wie vielen verschiedenen Vorhaben der Betreffende teilgenommen hat und ob er auch für andere Auftraggeber tätig ist bzw war (BAG 09.10.2002, 5 AZR 405/01, juris RdNr 23). Erforderlich ist selbst im Rahmen eines Dauerrechtsverhältnisses stets eine Bewertung der einzelnen Arbeitseinsätze (BSG 28.05.2008, B 12 KR 13/07 R, juris RdNr 26). Abzustellen ist daher nur auf die Tätigkeit der og Fahrer für die Klägerin im hier streitigen Zeitraum.

Bei der versicherungsrechtlichen Beurteilung von Fahrertätigkeiten kommt es entscheidend darauf an, ob der Fahrer ein eigenes Fahrzeug für die Transporte einsetzt. Nach der Rechtsprechung des BSG kann die Benutzung eines eigenen Lkw und die damit einhergehende Lastentragung in Verbindung mit anderen Gesichtspunkten für eine selbstständige Tätigkeit sprechen (BSG 22.06.2005, B 12 KR 28/03 R, SozR 4-2400 § 7 Nr 5 mwN; 19.08.2003, B 2 U 38/02 R, SozR 4-2700 § 2 Nr 1). Wird dagegen - wie hier - kein eigenes Transportmittel benutzt, spricht dies entscheidend für eine Eingliederung in den Betrieb des Auftraggebers. In einem solchen Fall hat der Fahrer weder rechtlich noch tatsächlich die Möglichkeit, Fahrten auf eigene Rechnung für andere Kunden durchzuführen. Den Beigeladenen zu 1) bis 4) und 6) bis 8) fehlte in rechtlicher Hinsicht auch die für den gewerbsmäßigen Güterkraftverkehr erforderliche Erlaubnis (§ 3 Güterkraftverkehrsgesetz) und sämtlichen Beigeladenen zu 1) bis 8) - insoweit auch in tatsächlicher Hinsicht - die Verfügungsgewalt über das Transportmittel. Lkw-Fahrer ohne eigenen Lkw sind deshalb regelmäßig abhängig beschäftigt (BayLSG 09.05.2012, L 5 R 23/12; Schleswig-Holsteinisches LSG 19.06.2009, L 3 AL 24/08, HessLSG 24.02.2009, L 1 KR 249/08; LSG Baden-Württemberg 21.11.2008, L 4 KR 4098/06, alle veröffentlicht in juris).

Nach den Feststellungen des Senats fuhren vorliegend alle Fahrer mit Fahrzeugen der Klägerin und übten nach übereinstimmenden Angaben im Ermittlungsverfahren die gleiche Tätigkeit aus, die sich auch nicht von der Tätigkeit der in der gleichen Zeit bei der Klägerin versicherungspflichtig beschäftigten Fahrer unterschied. Soweit die Fahrer bereits vor dem streitigen Zeitraum bei der Klägerin abhängig beschäftigt waren – dies betrifft die Beigeladenen zu 1) bis 4) und 6) – entsprach die Tätigkeit der zuvor abhängig ausgeübten Fahrertätigkeit. Dabei haben bei der Befragung durch das Hauptzollamt alle acht Fahrer angegeben, in die Betriebsabläufe eingebunden und weisungsabhängig gewesen zu sein, wenn auch einzelne Aufträge abgelehnt werden konnten. Die Möglichkeit, Aufträge anzunehmen oder abzulehnen, kann grundsätzlich zwar als Indiz für das Vorliegen einer selbstständigen Tätigkeit angesehen werden kann, weil der Betroffene damit den Umfang seiner Tätigkeit in gewisser Weise selbst bestimmt. Doch auch im Rahmen abhängiger Beschäftigungsverhältnisse, in denen auf Abruf oder in Vertretungssituationen beispielsweise wegen Erkrankung ständiger Mitarbeiter lediglich im Bedarfsfall auf bestimmte Kräfte zurückgegriffen wird, kann dem Arbeitnehmer die Möglichkeit eingeräumt sein, ein konkretes Arbeitsangebot abzulehnen (vgl LSG Baden-Württemberg 24.02.2006, L 4 KR 763/04; LSG Baden-Württemberg 21.11.2008, L 4 KR 4098/06, juris). Nimmt der Betroffene das angetragene Angebot jedoch an, übt er die Tätigkeit in persönlicher Abhängigkeit in einem fremden Betrieb und damit im Rahmen einer abhängigen Beschäftigung aus und wird nicht allein wegen der grundsätzlich bestehenden Ablehnungsmöglichkeit zum selbstständig Tätigen (Senatsurteil vom 17.01.2012, L 11 R 1138/10, juris).

Die hier bei den Beigeladenen zu 1) bis 8) vorliegenden Gewerbeanmeldungen sind im Rahmen der Gesamtabwägung kein aussagekräftiges Kriterium, da eine Überprüfung durch das Gewerbeaufsichtsamt hinsichtlich des Vorliegens einer Beschäftigung nicht stattfindet. Soweit die Fahrer jeweils Rechnungen mit ausgewiesener Mehrwertsteuer gestellt und sich auch steuerrechtlich dementsprechend als Gewerbebetrieb aufgeführt haben, kann dies nicht als wesentliches Indiz für eine selbstständige Tätigkeit gelten, denn dies gibt nur Aufschluss darüber, wie die Fahrer selbst ihre Tätigkeit selbst bewertet haben. Darauf kommt es aber nicht an.

Ein echtes unternehmerisches Risiko bestand nicht. Maßgebliches Kriterium für ein solches Risiko eines Selbstständigen ist, ob eigenes Kapital oder die eigene Arbeitskraft auch mit der Gefahr eines Verlustes eingesetzt wird, der Erfolg des Einsatzes der Mittel also ungewiss ist (BSG 28.05.2008, B 12 KR 13/07 R, juris). Die Fahrer erhielten für die geleisteten Arbeitsstunden einen festen Stundenlohn. Allein das Risiko, nicht durchgehend arbeiten zu können mangels Aufträgen, trifft jeden Arbeitnehmer, der nur Zeitverträge bekommt oder auf Abruf arbeitet und nach Stunden bezahlt wird oder unständig Beschäftigter ist (Senatsbeschluss vom 19.11.2012, L 11 R 3751/12 ER-B). Zum echten Unternehmerrisiko wird dieses erst, wenn bei Arbeitsmangel nicht nur kein Einkommen erzielt wird, sondern auch Kosten für betriebliche Investitionen oder Arbeitnehmer anfallen oder früher getätigte Investitionen brach liegen (LSG Baden-Württemberg 02.09.2011, L 4 R 1036/10, juris). Die Belastung mit Risiken gerade im Zusammenhang mit der - hier im Vordergrund stehenden - Verwertung der Arbeitskraft spricht nur dann für Selbstständigkeit, wenn ihr auch eine größere Freiheit bei der Gestaltung und der Bestimmung des Umfangs des Einsatzes der eigenen Arbeitskraft gegenüber steht (vgl BSG SozR 2200 § 1227 Nr 17; BSG SozR 3-2400 § 7 Nr 13 mwN). Dies war hier aber nicht der Fall. Eigenes Kapital haben die Beigeladenen zu 1) bis 8) nicht eingesetzt.

Darüber hinaus waren die Beigeladenen zu 1) bis 4) und 6) bereits zuvor bei der Klägerin abhängig beschäftigt gewesen, bevor sie im hier streitigen Zeitraum ihre Tätigkeit in gleicher Weise wie zuvor auf selbstständiger Basis ausübten. Die Beigeladenen zu 2), 4) und 6) wurden in der Folgezeit auch wieder als Arbeitnehmer von der Klägerin eingestellt. Bei den genannten fünf Fahrern bestehen überhaupt keine Zweifel daran, dass es sich tatsächlich nur um eine Fortführung der abhängigen Beschäftigungsverhältnisse gehandelt hat. Es gibt keine

Anhaltspunkte, die durchschlagend für eine selbstständige Tätigkeit sprechen würden.

Auch bei den Beigeladenen zu 5), 7) und 8) ist eine andere Beurteilung nicht geboten, auch wenn sie nicht zuvor bereits für die Klägerin als abhängig Beschäftigte tätig waren. Der Beigeladene zu 5), bei der Klägerin von April 2007 bis Dezember 2008 tätig, hatte zwar ab 1999 einen eigenen Betrieb (Erdbau und Abbruchtechnik) und in diesem Rahmen bis 2006 neun Angestellte. Aufgrund der wirtschaftlichen Lage war er jedoch gezwungen, seinen Betrieb zu verkleinern und dabei auch seinen Bagger und Lkw zu verkaufen. Im April 2007 verfügte er nach seinen Angaben gegenüber dem Hauptzollamt, die der Senat seiner Beurteilung zugrunde legt, nicht mehr über eine eigene Betriebsstätte und nutzte ab diesem Zeitpunkt auch seine Lizenz für den grenzüberschreitenden gewerblichen Güterkraftverkehr nicht mehr. Seine früher unzweifelhaft ausgeübte selbstständige Tätigkeit hat keinen Bezug zu der für die Klägerin ausgeübten Tätigkeit. Es gibt daher keinen Grund, seine Tätigkeit anders zu bewerten als die der anderen Fahrer. Seit April 2009 ist der Beigeladene zu 5) in einer anderen Firma abhängig beschäftigt und hat sein Gewerbe endgültig aufgegeben. Der Beigeladene zu 7) war bis Ende Juni 2004 Geschäftsführer bei der Firma F. F. in T. und erhielt danach eine Betriebsrente von monatlich 2.000 bis 3.000 EUR nach seinen Angaben im Rahmen der Vernehmung durch das Hauptzollamt am 20.04.2010. Für die Klägerin war er von August 2005 bis Dezember 2006 tätig, in diesem Zeitraum auch überwiegend, allerdings war er daneben noch für andere Auftraggeber tätig. Dies allein ist jedoch kein entscheidendes Kriterium für Selbstständigkeit, denn auch ein abhängig Beschäftigter kann für mehrere Auftraggeber (abhängig) beschäftigt sein (Senatsurteil vom 17.01.2012, L 11 R 1138/10, juris). Hinsichtlich der sonstigen Umstände - fehlende Betriebsmittel, fehlendes Unternehmerrisiko und Weisungsgebundenheit - unterscheidet sich der Beigeladene zu 7) nicht von den anderen Fahrern, er war in gleicher Weise vollständig in den Betrieb der Klägerin eingegliedert. Bei der Beigeladenen zu 8) liegen überhaupt keine Anhaltspunkte vor, die für eine selbstständige Tätigkeit sprechen würden. Sie hat parallel zu der Tätigkeit für die Klägerin (April 2007 bis Januar 2008) überhaupt keine anderen Aufträge gehabt und hat angegeben, ihr wäre eine Anstellung mit Meldung zur Sozialversicherung lieber gewesen.

Damit steht fest, dass die Beklagte zu Recht für die Beigeladenen zu 1) bis 8) im Prüfzeitraum grundsätzlich Beiträge zu allen Zweigen der Sozialversicherung nachgefordert hat. Ob die Klägerin von der Beitragspflicht Kenntnis hatte oder tatsächlich von Selbstständigkeit der Beigeladenen zu 1) bis 8) ausgegangen ist, spielt für die Entstehung der Beitragspflicht überhaupt keine Rolle, auf Verschulden kommt es insoweit nicht an.

Zu beanstanden ist allerdings die festgesetzte Höhe der Beiträge. Im Rahmen der Berechnung ist die Beklagte im Ansatzpunkt von den tatsächlich gezahlten Beträgen entsprechend der Rechnungen ohne Umsatzsteuer ausgegangen. Dieses Entgelt hat sie dann jedoch als Nettoarbeitsentgelt auf ein fiktives Bruttoarbeitsentgelt hochgerechnet und dieses der Beitragsbemessung zugrunde gelegt. Als Ausgangspunkt für die Beitragsberechnung der Beklagten kommt allein § 14 Abs 2 Satz 2 SGB IV in Betracht. Danach gilt ein Nettoarbeitsentgelt als vereinbart, wenn bei illegalen Beschäftigungsverhältnissen Steuern und Beiträge zur Sozialversicherung und zur Arbeitsförderung nicht gezahlt worden sind. Daraus folgt, dass auch in solchen Fällen - wie nach § 14 Abs 2 Satz 1 SGB IV bei einer (legalen) Nettoarbeitsentgeltvereinbarung - die Gesamtsozialversicherungsbeiträge nach dem sog Abtastverfahren zu ermitteln sind. Als beitragspflichtiges Arbeitsentgelt gelten danach die Einnahmen des Beschäftigten iS von § 14 Abs 1 SGB IV zuzüglich der auf sie entfallenden (direkten) Steuern und des gesetzlichen Arbeitnehmeranteils an den Beiträgen zur Sozialversicherung und zur Arbeitsförderung.

Zunächst ist festzustellen, dass die Klägerin mit den Beigeladenen zu 1) bis 8) im Rahmen der getroffenen mündlichen Vereinbarungen keine (legale) Nettolohnvereinbarung iSv § 14 Abs 2 Satz 1 SGB IV getroffen hat, die eine Hochrechnung auf ein fiktives Bruttoarbeitsentgelt ebenfalls erforderte. Denn die Klägerin war keinesfalls gewillt, Steuern und Beitragsanteile der Beigeladenen zu 1) bis 8) zu übernehmen, im Gegenteil hatte sie sogar bestehende Beschäftigungsverhältnisse beendet, um keine Sozialversicherungsbeiträge mehr zu zahlen. Die objektiven Voraussetzungen für die Anwendung des § 14 Abs 2 Satz 2 SGB IV sind vorliegend erfüllt, denn die Klägerin hat, weil sie die Beigeladenen zu 1) bis 8) zu Unrecht als Selbstständige behandelt hat, insgesamt weder Steuern, noch Beiträge zur Sozialversicherung bzw Arbeitsförderung abgeführt. Die in § 14 Abs 2 Satz 2 SGB IV geforderte illegale Beschäftigung setzt neben der objektiven Verletzung der Zahlungs- und der mit ihnen einhergehenden Arbeitgeberpflichten jedoch zusätzlich voraus, dass die Pflichtverstöße von einem subjektiven Element in Form eines mindestens bedingten Vorsatzes getragen sind (BSG 09.11.2011, B 12 R 18/09 R, BSGE 109, 254 = SozR 4-2400 § 14 Nr 13). Bedingt vorsätzlich handelt, wer seine Beitragspflicht für möglich gehalten und die Nichtabführung der Beiträge billigend in Kauf genommen hat. Einen bedingten Vorsatz sieht der Senat parallel zu der im Strafverfahren erfolgten Beurteilung bezüglich der Beschäftigung der Beigeladenen zu 1) bis 4) und 6), nicht jedoch bezüglich der Beigeladenen zu 5), 7) und 8) (ausführlich dazu unten). Auch soweit der Senat von bedingtem Vorsatz ausgeht, ergibt die Auslegung des § 14 Abs 2 Satz 2 SGB IV, dass im Rahmen der hier vorliegenden Fallkonstellation nach der Auffassung des Senats gleichwohl eine Hochrechnung nicht erfolgen darf.

§ 14 Abs 2 SGB IV erhielt mit dem "Gesetz zur Erleichterung der Bekämpfung von illegaler Beschäftigung und Schwarzarbeit" vom 23.7.2002 (BGBl I 2787; SchwarzArbG 2002) einen Satz 2 (Art 3 Nr 2 SchwarzArbG 2002), der die Schwarzgeldabrede bei illegalen Beschäftigungsverhältnissen der (legalen) Nettoarbeitsentgeltvereinbarung gleichstellte. Mit der Fiktion einer Nettoarbeitsentgeltvereinbarung sollten vor allem in der Praxis bestehende Feststellungsschwierigkeiten wegen des Übernahmewillens zur Tragung der auf das gezahlte Schwarzgeld entfallenden Steuern und Arbeitnehmeranteile beim Arbeitgeber beseitigt werden (vgl BT-Drucks 14/8221 S 14 zu Nr 2; BT-Drucks 15/726 S 3 f). Das SchwarzArbG 2002 verfolgte insgesamt das Ziel, Schaden von der Volkswirtschaft, vor allem den öffentlichen Haushalten einschließlich derjenigen der Sozialversicherung und der Arbeitslosenversicherung fernzuhalten sowie Wettbewerbsverzerrungen zwischen legaler und illegaler Arbeit zu verhindern (vgl BT-Drucks 14/8221 S 11) durch Erleichterung der Verfolgung der Schwarzarbeit (und der illegalen Beschäftigung) durch die Behörden und Verschärfung der Sanktionen, um so auch ein neues Unrechtsbewusstsein gegenüber Schwarzarbeit zu schaffen und leistungsfähige Strukturen zu deren Bekämpfung zu bilden (BT-Drucks 15/2573 S 18 zu Art 1 § 1 Abs 2). Anders als der Begriff "Schwarzarbeit" (vgl § 1 Abs 2 und 3 SchwarzArbG 2004) ist der vom Gesetz hierzu parallel verwendete und deshalb hiervon zu unterscheidende Begriff "illegales Beschäftigungsverhältnis" nicht legaldefiniert worden. Vor dem Hintergrund der Gesetzgebungsgeschichte hat das BSG für ein illegales Beschäftigungsverhältnis gefordert, dass auf der objektiven Seite die Feststellung einer Verletzung von beschäftigungsbezogenen Pflichten erfolgt – was bei der hier vorliegenden Verletzung zentraler arbeitgeberbezogener Pflichten der Fall ist – und zudem zusätzlich ein subjektives Element zu fordern ist. Für die Anwendung von § 14 Abs 2 Satz 2 SGB IV bei bloßen versicherungs- und beitragsrechtlichen Fehlbeurteilungen fehlt es an der Gleichheit von Normzweck und Interessenlage (BSG 09.11.2011, aaO). Denn der auch mit § 14 Abs 2 Satz 2 SGB IV verbundene Zweck, Nachweisschwierigkeiten zu beseitigen, kann sich letztlich nur im Rahmen der allgemeinen Zielsetzungen des SchwarzArbG 2002 entfalten, eine allgemeine Abschreckungswirkung zu erreichen und damit präventiv der Ausbreitung von Schwarzarbeit und illegaler Beschäftigung entgegen zu wirken

(BT-Drucks 15/2573 S 18). § 14 Abs 2 Satz 2 SGB IV hat insoweit Sanktionscharakter, denn anders als bei der legalen Nettolohnabrede, bei der Leistung und Gegenleistung in einem ausgewogenen Verhältnis stehen, besteht bei der Hochrechnung des im Rahmen einer Schwarzgeldabrede gezahlten Entgelts die Gefahr, dass als Beitragsbemessungsgrundlage ein Arbeitsentgelt zugrunde gelegt wird, das in keinem angemessenen Verhältnis mehr zum wirtschaftlichen Wert der Arbeitsleistung steht. Aus diesen Gründen ist die Vorschrift teleologisch zu reduzieren, was sich auch im vorliegenden Fall auswirkt.

Hinsichtlich der Beigeladenen zu 1) bis 4) und 6) ist in engem Zusammenwirken der Klägerin mit der Bundesagentur für Arbeit letztlich die hier zu beurteilende Situation entstanden, dass aus ursprünglich versicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnissen über die Bewilligung von Existenzgründungszuschüssen nach § 421l SGB III letztlich nach Ablauf des Bewilligungszeitraums illegale Beschäftigungen geworden sind. Ist die Beschäftigung der Scheinselbstständigen hier jedoch eindeutig auf die (fehlerhafte) Bewilligung von Leistungen des Arbeitsförderungsrechts mit zurückzuführen, besteht im Nachgang kein Bedürfnis dafür, über das Instrumentarium der Bekämpfung der Schwarzarbeit (allein) die Klägerin zu bestrafen und von ihr – über das bisher nicht verbeitragte gezahlte Entgelt hinaus – auch sekundäre Beiträge auf Steuern und Beitragsanteile zu fordern. Diese besondere Konstellation hat im Übrigen auch das Landgericht im Strafverfahren berücksichtigt und aus diesem Grund das Verfahren trotz der vorhandenen Dimension gegen eine Auflage eingestellt. Ohne Hochrechnung der gezahlten Entgelte reduziert sich die Nachforderung der Beiträge und Umlagen bereits erheblich auf 133.791,08 EUR entsprechend der von der Beklagten vorgelegten Probeberechnung vom 08.10.2015.

Die Erhebung von Säumniszuschlägen nach § 24 SGB IV ist dem Grunde nach nicht zu beanstanden, lediglich in der Höhe ermäßigen sich die Säumniszuschläge im Hinblick auf die tatsächlich nur in geringerer Höhe als von der Beklagten festgesetzt bestehenden Hauptforderung. Die Erhebung von Säumniszuschlägen scheidet nicht wegen § 24 Abs 2 SGB IV aus. Danach ist ein auf eine durch Bescheid mit Wirkung für die Vergangenheit festgestellte Beitragsforderung entfallender Säumniszuschlag nicht zu erheben, soweit der Beitragsschuldner glaubhaft macht, dass er unverschuldet keine Kenntnis von der Zahlungspflicht hatte. 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 § 7a 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 auszugehen. Die Klägerin hätte die Möglichkeit gehabt, sich über ein Verfahren nach § 7a SGB IV oder eine Anfrage bei der Einzugsstelle (§ 28 h SGB IV) die erforderliche Kenntnis zu verschaffen. Allerdings reduziert sich die Höhe der Säumniszuschläge der verringerten Hauptforderung folgend auf 70.429,50 EUR (Berechnung der Beklagten vom 08.10.2015).

Die Forderung ist auch nicht verjährt, bis auf die für den Beigeladenen zu 7) für die Zeit vom 01.08.2005 bis 30.11.2005 zu entrichtenden Beiträge. Diese sowie die darauf entfallenden Säumniszuschläge sind daher ebenfalls von der Forderung noch in Abzug zu bringen. Nach § 25 Abs 1 SGB IV verjähren Ansprüche auf Beiträge in vier Jahren nach Ablauf des Kalenderjahres, in dem sie fällig geworden sind. Ansprüche auf vorsätzlich vorenthaltene Beiträge verjähren in dreißig Jahren nach Ablauf des Kalenderjahrs, in dem sie fällig geworden sind. Beitragsansprüche der Versicherungsträger entstehen nach § 22 Abs 1 SGB IV, sobald ihre im Gesetz oder aufgrund eines Gesetzes bestimmten Voraussetzungen vorliegen und der Anspruch des Arbeitnehmers auf Arbeitsentgelt entstanden ist. Nach § 23 Abs 1 Satz 1 SGB IV werden laufende Beiträge, die geschuldet werden, entsprechend den Regelungen der Satzung der Kranken- und Pflegekasse fällig. Nach der ab 01.01.2005 gültigen Fassung des § 23 Abs 1 Satz 2 SGB IV (Gesetz vom 24.12.2003, BGBl I 2954) wurden Beiträge, die nach dem Arbeitsentgelt zu bemessen sind, spätestens am Fünfzehnten des Monats fällig, der dem Monat folgt, in dem die Beschäftigung, mit der das Arbeitsentgelt erzielt wird, ausgeübt worden ist oder als ausgeübt gilt.

Hinsichtlich der Beiträge für die Beigeladenen zu 1) bis 4) und 6) findet die dreißigjährige Verjährung Anwendung, denn zur Überzeugung des Senat steht fest, dass die Klägerin diese Beiträge vorsätzlich vorenthalten hat. Bedingter Vorsatz ist insoweit ausreichend, dh wenn der Beitragsschuldner seine Beitragspflicht nur für möglich gehalten, die Nichtabführung der Beiträge aber billigend in Kauf genommen hat (BSG 21.06.1990, 12 RK 13/89, juris). Für die Beigeladenen zu 1) bis 4) und 6) schließt der Senat dies daraus, dass diese bereits vor der angeblich selbstständigen Tätigkeit bei der Klägerin abhängig beschäftigt waren und die Tätigkeit danach in gleicher Weise wie zuvor ausgeübt haben. Damit drängt sich das Vorliegen von Beitragspflicht förmlich auf. Wie sich aus dem Urteil des AG vom 02.02.2012 (Seite 6) entnehmen lässt, hat sich der Geschäftsführer der Klägerin vor dem AG dahin eingelassen, dass ihm vom Arbeitsamt mitgeteilt worden sei, dass – solange die Förderung laufe – er die Leute als selbstständige Subunternehmer beschäftigen könne. Soweit er nunmehr vorträgt, er habe angenommen, dass die Förderung als Ich-AG dauerhaft das Vorliegen einer Scheinselbstständigkeit ausschließe, steht dies dazu im Widerspruch. Keine Rolle spielt insoweit, dass er nicht gesondert über das Auslaufen der Förderung informiert wurde, denn er hat mit der fehlenden Nachfrage bei den betreffenden Beigeladenen insoweit billigend in Kauf genommen, dass diese auch nach Auslaufen der Förderung weiterhin beauftragt werden und damit zu Unrecht keinen Beiträge abgeführt werden. Dies gilt insbesondere, als die Umwandlung der abhängigen Beschäftigungsverhältnisse in Ich-AGs bereits Mitte 2004 erfolgte und die Förderung bekanntermaßen auf maximal drei Jahre begrenzt war. Ein vom LG aufgrund fehlerhafter Beratung und Förderung durch die Bundesagentur für Arbeit angenommenes fehlendes Strafbedürfnis spielt für die Frage des Vorliegens von bedingtem Vorsatz keine Rolle. Dieser Gesichtspunkt wurde bereits im Rahmen der nicht erfolgten Hochrechnung zugunsten der Klägerin berücksichtigt. Auch im Rahmen der strafgerichtlichen Beurteilung ist davon abgesehen nicht insgesamt von fehlendem Vorsatz ausgegangen worden, sonst hätte der Kläger vollumfänglich freigesprochen werden müssen.

Soweit die Beigeladenen zu 5), 7) und 8) betroffen sind, ist der Senat nicht davon überzeugt, dass die Klägerin – durch ihren Geschäftsführer – auch insoweit mit bedingtem Vorsatz handelte. Diese drei Fahrer waren nicht zuvor für die Klägerin tätig gewesen, sondern traten ihr gegenüber bereits als "Selbstständige" mit eigenem Betrieb auf. Der Beigeladene zu 5) hatte sogar ursprünglich einen eigenen Betrieb mit eigenem Bagger und Lkw, wenn er auch in der Zeit der Tätigkeit für den Kläger bereits in der Abwicklung des Betriebs war. Insoweit kann dem Kläger nicht widerlegt werden, er sei bezüglich dieser drei Fahrer von "echten Subunternehmern" ausgegangen. Dies schließt jedoch bedingten Vorsatz aus. Der Senat schließt sich insoweit der Beurteilung durch das AG im Strafverfahren an. Allerdings ist die Klägerin

dadurch bösgläubig geworden, dass ihrem Geschäftsführer im Rahmen der Durchsuchung der Geschäftsräume der Klägerin am 04.03.2010 mitgeteilt worden war, dass gegen ihn ein Ermittlungsverfahren wegen Vorenthalten und Veruntreuung von Arbeitsentgelt geführt wird (so festgehalten im Ermittlungsbericht vom 04.03.2010, Blatt 591 der Ermittlungshauptakte). Jedenfalls ab März 2010 musste die Klägerin daher davon ausgehen, dass auch hinsichtlich der Beigeladenen zu 5), 7) und 8) eine Beitragspflicht ernstlich in Betracht kommt. Anders als bei der strafrechtlichen Beurteilung, die Vorsatz bei Begehung der Taten fordert, reicht es im Rahmen der Verjährung von Beitragsansprüchen aus, wenn irgendwann im Laufe der kurzen Verjährungsfrist Vorsatz hinzutritt; die anfänglich vorhandene Gutgläubigkeit begründet dann keinen Vertrauensschutz mehr (BSG 26.05.1977, 12/3 RK 68/75, SozR 2200 § 29 Nr 9). Auf eine Hemmung der Verjährung nach § 25 Abs 2 Satz 4 SGB IV durch Beginn der Prüfung beim Arbeitgeber kommt es daher nicht mehr an, denn diese ist nach Lage der Akten erst im Jahr 2012 mit der Anhörung erfolgt, da zuvor lediglich intern die Unterlagen des Hauptzollamts ausgewertet wurden, ohne dass – wie erforderlich – ein nach außen wirkendes Prüfgeschäft aufgenommen wurde (vgl Baier in Krauskopf, Soziale Krankenversicherung/Pflegeversicherung, § 25 SGB IV RdNr 20).

Konkret bedeutet dies, dass vorliegend im Jahr 2010 bei Eintritt der Bösgläubigkeit die Beiträge für den Zeitraum bis einschließlich 30.11.2005 bereits verjährt waren. Die Verjährungsfrist der Beiträge für die im Zeitraum vom 01.08.2005 bis 30.11.2005 ausgeübte Beschäftigung begann am 01.01.2006 zu laufen und endete am 31.12.2009. Für die für die Beigeladenen zu 5) und 8) zu entrichtenden Beiträge ist damit keine Verjährung eingetreten, denn diese waren nur von April 2007 bis April 2009 bzw Januar 2007 bis Januar 2008 für die Klägerin tätig und nicht bereits schon im Jahr 2005. Lediglich der Beigeladene zu 7) war bereits ab 01.08.2005 für die Klägerin tätig, so dass die für den Zeitraum bis 30.11.2005 geschuldeten Beiträge verjährt sind. Auf die zum Zeitpunkt der Beitragsfestsetzung bereits verjährten Beiträge dürfen dementsprechend auch keine Säumniszuschläge erhoben werden, dies ist bezüglich des Beigeladenen zu 7) erst ab dem für Januar 2006 geschuldeten Beitrag zulässig, denn im Dezember 2005 war der Beigeladene zu 7) nicht für die Klägerin tätig. Die Beiträge und Umlagen (ohne Hochrechnung) für den Zeitraum August bis November 2005 belaufen sich für den Beigeladenen zu 7) auf insgesamt 3.087,16 EUR. Säumniszuschläge fallen für diese Beiträge nur in Höhe von 4.860 EUR an, so dass die laut Probeberechnung sich auf 7.526,50 EUR belaufenden Säumniszuschläge um 3.042,50 EUR ermäßigen. Die Gesamtforderung der Beklagten reduziert sich daher weiter um diese Beträge auf insgesamt Beiträge und Umlagen in Höhe von 130.703,92 EUR und Säumniszuschläge in Höhe von 67.387 EUR.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 197a Abs 1 SGG iVm § 155 Abs 1 Verwaltungsgerichtsordnung.

Der Streitwert des Berufungsverfahrens wird nach § 197a SGG iVm §§ 63 Abs 1, 52 Abs 1 und 2 Gerichtskostengesetz auf die Höhe der streitigen Forderung von 337.761,43 EUR festgesetzt.
Rechtskraft
Aus
Login
BWB
Saved
2016-01-28