

L 11 R 4640/14

Land
Baden-Württemberg
Sozialgericht
LSG Baden-Württemberg
Sachgebiet
Rentenversicherung
Abteilung
11
1. Instanz
SG Mannheim (BWB)
Aktenzeichen
S 6 R 4024/13
Datum
22.10.2014
2. Instanz
LSG Baden-Württemberg
Aktenzeichen
L 11 R 4640/14
Datum
23.02.2016
3. Instanz
Bundessozialgericht
Aktenzeichen
-

Datum
-

Kategorie

Urteil

Die Berufung der Klägerin gegen das Urteil des Sozialgerichts Mannheim vom 22.10.2014 wird zurückgewiesen.

Die Klägerin trägt auch die Kosten des Berufungsverfahrens.

Der Streitwert für das Berufungsverfahren wird auf 110.572,03 EUR festgesetzt.

Tatbestand:

Die Klägerin wendet sich gegen die Nachforderung von Sozialversicherungsbeiträgen inklusive Säumniszuschlägen in Höhe von noch 110.572,03 EUR.

Die Klägerin ist ein in der Rechtsform der GmbH betriebenes Unternehmen der Baubranche. Das Hauptzollamt K. kontrollierte am 25.02.2009 die Baustelle B ... in I. und traf dort den deutschen Staatsangehörigen K. an, der nach eigenen Angaben seit zweieinhalb Jahren als Polier für die Klägerin, Inhaber R. K., arbeitete. Daneben waren in Arbeitskleidung die polnischen Staatsangehörigen K. und M. anwesend. Die Arbeiter wurden zu Umfang und Ausübung der Tätigkeit auf der genannten Baustelle befragt. Insoweit wird auf die umfangreichen Unterlagen in der Verwaltungsakte der Beklagten verwiesen.

Am 11.03.2010 kontrollierte das Hauptzollamt K. Bauvorhaben in der G.-H.-Straße ... und der K.-A.-Straße in O ... Dort wurden die polnischen Staatsangehörigen Z., R. und D. sowie der litauische Staatsangehörige S. bei Bauarbeiten beobachtet. Auch diese waren für die Klägerin auf der Baustelle tätig und wurden seitens des Hauptzollamts ausführlich befragt. Auch insoweit wird auf die umfangreichen Unterlagen in der Verwaltungsakte der Beklagten verwiesen.

Die Beklagte bewertete die Tätigkeit der Arbeiter M., K., Z., D., W. und S. als abhängige Beschäftigung und hörte mit Schreiben vom 28.09.2012 (Bl 33 Verwaltungsakte) die Klägerin dazu an, dass für die genannten Arbeiter für die Zeit vom 01.04.2007 bis 30.06.2010 Sozialversicherungsbeiträge in Höhe von 193.765,73 EUR inkl. Säumniszuschläge in Höhe von 56.784,50 EUR nachgefordert würden.

Die Klägerin nahm anwaltlich vertreten hierzu unter dem 30.11.2012 dahingehend Stellung, dass für die Arbeiter M., W. und K. teilweise eine abhängige Beschäftigung anerkannt werde, nämlich für M. und W. für die Zeit vom 01.09.2008 bis 30.06.2010 und für K. vom 01.03.2009 bis 30.06.2010. Darüber hinaus seien diese drei sowie alle anderen Bauarbeiter jedoch selbstständig tätig gewesen. Sie hätten teilweise über eigene Geräte verfügt, Werkverträge abgeschlossen und keine gleichmäßigen Lohnzahlungen erhalten. Die Klägerin legte insoweit Rechnungen, Subunternehmerverträge und Gewerbeanmeldungen der betreffenden Personen vor. Mit rechtskräftigem Urteil vom 30.01.2013 verurteilte das Amtsgericht S. den Geschäftsführer der Klägerin K. wegen des Vorenthaltens und Veruntreuens von Arbeitsentgelt zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von einem Jahr und sechs Monaten (Bl 327 Widerspruchsakte). Die Vollstreckung der Strafe wurde zur Bewährung ausgesetzt. Die Verurteilung beruhte insbesondere auch auf einem umfassenden Geständnis des Geschäftsführers der Klägerin.

Mit Bescheid vom 01.02.2013 (Bl 3 Verwaltungsakte) setzte die Beklagte aufgrund der durchgeführten Betriebsprüfung nach § 28p Abs 1 Sozialgesetzbuch/Gemeinsame Vorschriften für die Sozialversicherung (SGB IV) iVm § 2 Abs 2 S 2 des Schwarzarbeits-Bekämpfungsgesetzes für den Prüfzeitraum vom 01.04.2007 bis 30.06.2010 eine Nachforderung von Sozialversicherungsbeiträgen in Höhe von insgesamt 193.765,73 EUR fest. In der Nachforderung seien Säumniszuschläge nach [§ 24 Abs 1 SGB IV](#) in Höhe von 56.784,50 EUR enthalten. Die Arbeiter W., K., M., Z., D. und S. seien im Prüfzeitraum abhängig beschäftigt gewesen. Sie seien hinsichtlich Arbeitsort und Durchführung der

Tätigkeit weisungsgebunden und in den Betrieb eingegliedert gewesen. Die Beiträge zur Kranken-, Pflege-Renten- und Arbeitslosenversicherung sowie die entsprechenden Umlagen und Arbeitslosenversicherung sowie die entsprechenden Umlagen wurden in der Anlage zum genannten Bescheid für jeden Beschäftigten im Einzelnen berechnet. Ausgewiesen wurden auch zu zahlende Umlagen und die aufgeschlagenen Säumniszuschläge.

Hiergegen legte die Klägerin am 26.02.2013 Widerspruch ein. Es bestünden erhebliche Zweifel an der Rechtmäßigkeit des Beitragsbescheides mit Ausnahme der Zeiten der bereits anerkannten abhängigen Beschäftigung der Arbeiter M., W., K ... Die Arbeiter hätten in maßgeblichem Umfang eigene Werkzeuge eingesetzt und Weisungen nicht von der Klägerin, sondern teilweise vom seitens auch der Antragsgegnerin anerkannten selbstständig tätigen Bauunternehmer R. erhalten. Sie hätten neben den Aufträgen für die Klägerin auch andere Aufträge ausgeführt und mit wenigen Ausnahmen keine Stundenlöhne erhalten. Die Arbeitszeiten seien ihnen nicht vorgegeben worden. Im Übrigen seien entgegen der Angaben der Beklagten nicht alle Rechnungen vom selben Buchhaltungsbüro erstellt worden. Auch sei der Nachforderungsbetrag um die geforderten Krankenversicherungsbeiträge zu kürzen, da eine Nachforderung von Krankenversicherungsbeiträgen dem Äquivalenzprinzip widerspreche. Die Hochrechnung der geforderten Beiträge auf das Brutto-Entgelt auf Grundlage des [§ 14 Abs 2 S 2 SGB IV](#) sei ebenfalls nicht gerechtfertigt und mangels Verschuldens sei die Forderung von Säumniszuschlägen auf Grundlage des [§ 24 Abs 2 SGB IV](#) nicht möglich.

Mit Widerspruchsbescheid vom 04.11.2013 (Bl 381 Verwaltungsakte) wies die Beklagte den Widerspruch der Klägerin als unbegründet zurück. Aufgrund der nach [§ 28p Abs 1 SGB IV](#) iVm § 2 Abs 2 Satz 2 Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetz durchgeführten Betriebsprüfung für den Zeitraum vom 01.04.2007 bis 30.06.2010 sei die Nachforderung von Sozialversicherungsbeiträgen inklusive Säumniszuschlägen in Höhe von 193.765,73 Euro zu Recht erfolgt. Hinsichtlich der Herren W. W., A. K., M. M., S. D., B. Z. und L. S. begründete die Beklagte im Einzelnen, welche Tatsachen aus ihrer Sicht für die Bewertung einer abhängigen Beschäftigung sprachen. Insoweit wird auf die Ausführungen auf Seite 4 bis 7 des Widerspruchsbescheides verwiesen. Die von der Klägerin gerügte Störung des Äquivalenzprinzips durch die Erhebung von Krankenversicherungsbeiträgen liege nicht vor. In der gesetzlichen Krankenversicherung habe das Äquivalenzprinzip insbesondere vorrangig in den Fällen Bedeutung, in denen sich die Leistung des Versicherten nach der Höhe des beitragspflichtigen Arbeitsentgelts richte. In diesem Falle sei die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Versicherten nicht nur Maßstab für die Heranziehung zu Beiträgen, sondern auch die durch den Versicherungsfall verursachte Einbuße an wirtschaftlicher Leistungsfähigkeit Maßstab für die Berechnung von Lohnersatzleistungen wie zB das Krankengeld. Außerdem sei zu berücksichtigen, dass sich die Rechtsprechung des Bundessozialgerichts zum Gegenleistungs- und Äquivalenzprinzip in erster Linie auf das sozialrechtliche Versicherungsverhältnis zwischen Sozialversicherungsträgern und Versicherten beziehe und mithin nicht ohne Weiteres auf das Verhältnis zwischen Arbeitgeber und Sozialversicherungsträger übertragbar sei. Im Falle einer Nacherhebung von Beiträgen beim Arbeitgeber für einen in der Vergangenheit liegenden Zeitpunkt liege bereits keine Störung des Äquivalenzprinzips vor. Die Argumentation, als Arbeitgeber seien Beiträge zur Krankenversicherung zu leisten, obwohl die Krankenkasse für den Zeitraum, für den die Beiträge nacherhoben würden, kein Risiko getragen habe, treffe nicht zu. Die Versicherungspflicht sei kraft Gesetzes eingetreten unabhängig von der Beitragszahlung. Deswegen sei es zwar wegen der Unkenntnis der Arbeitnehmerseite von der Versicherungspflicht nicht wahrscheinlich, dass die Krankenkasse tatsächlich zur Leistung herangezogen werde. Sie sei aber keineswegs ausgeschlossen. Es sei aber nicht als Störung des Äquivalenzprinzips anzusehen, dass sich das versicherte Risiko nicht verwirklicht habe bzw die Verwirklichung des Risikos mangels Kenntnis des Versicherungsschutzes wenig wahrscheinlich sei. Schließlich habe das Bestehen einer Versicherungspflicht in der gesetzlichen Krankenversicherung für den Versicherten den Vorteil, dass er damit das Recht zum freiwilligen Beitritt nach Beendigung der Pflichtversicherung erwerben könne. Auch die Netto-Bruttohochrechnung auf Grundlage des [§ 14 Abs 2 SGB IV](#) sei zu Recht erfolgt. Denn nach dieser Vorschrift gelte ein Nettoarbeitsentgelt als vereinbart, wenn bei illegalen Beschäftigungsverhältnissen Steuern und Beiträge zur Sozialversicherung und zur Arbeitsförderung nicht gezahlt wurden. Als Arbeitsentgelt gälten dann die Einnahmen des Beschäftigten einschließlich der darauf entfallenden Steuern und der seinem gesetzlichen Anteil entsprechenden Beiträge zur Sozialversicherung und zur Arbeitslosenversicherung. Die Klägerin sei den Melde-, Aufzeichnungs- und Beitragspflichten nicht nachgekommen. Somit liege ein objektiver Verstoß gegen zentrale gesetzliche arbeitgeberbezogene Pflichten vor. Dass es sich hierbei um einen Folgefehler aus der falschen versicherungsrechtlichen Beurteilung handle, sei dabei unerheblich. Nach den vorliegenden Unterlagen habe der Geschäftsführer der Klägerin gezielt nicht nach Subunternehmern, sondern vorrangig nach Arbeitskräften gesucht. Er habe damit die Nichtabführung von Beiträgen zumindest billigend in Kauf genommen. Die Beitragsberechnung sei deshalb in Form der Hochrechnung des vereinbarten Entgelts als Nettoentgelt auf ein Bruttoentgelt auf Grundlage des [§ 14 Abs 2 S 2 SGB IV](#) erfolgt. Auf die Forderung von Säumniszuschlägen auf die erforderlichen Beiträge und Beitragsvorschüsse könne nach [§ 24 Abs 1 S 1, Abs 2 SGB IV](#) nur dann verzichtet werden, sofern bei einer Beitragsforderung mit Wirkung für die Vergangenheit glaubhaft gemacht werde, dass der Beitragsschuldner unverschuldet keine Kenntnis von der Zahlungspflicht gehabt habe. Eine unverschuldete Unkenntnis des Geschäftsführers der Klägerin habe allerdings aus den obigen Erwägungen nicht vorgelegen.

Hiergegen hat die Klägerin am 03.12.2013 Klage zum Sozialgericht Mannheim (SG) erhoben. Das Verfahren ist dort zunächst unter dem Aktenzeichen S 14 R 4024/13 und sodann unter dem Aktenzeichen [S 6 R 4024/13](#) geführt worden.

Zur Klagebegründung hat die Klägerin ausdrücklich Bezug auf den bisherigen Vortrag Bezug genommen. Sie hat die Auffassung vertreten, die auf den Baustellen tätig gewesen Personen seien selbstständig tätig gewesen. Sozialversicherungspflicht liege nicht vor (vgl Bl 50 ff SG-Akte). Die Klägerin hat weiter eine Verletzung des Äquivalenzprinzips mit der Nacherhebung der Krankenversicherungsbeiträge sowie die fehlerhafte Berechnung der zu erhebenden Beiträge auf Grundlage des [§ 14 Abs 2 S 2 SGB IV](#) sowie die rechtswidrig erfolgte Erhebung der Säumniszuschläge auf Grundlage des [§ 24 SGB IV](#) gerügt.

Die Beklagte ist der Klage entgegengetreten und hat auf die Begründung des Widerspruchsbescheids Bezug genommen.

Das SG hat mit Beschluss vom 08.09.2014 die zuständige Krankenversicherung, die zuständige Agentur für Arbeit sowie die auf den Baustellen beschäftigten Herren W. W., B. Z., A. K., M. M., S. D. und L. S. beigeladen. Es hat am 05.09.2014 einen Termin zur Erörterung der Sach- und Rechtslage durchgeführt und in diesem Zuge den Geschäftsführer der Klägerin sowie den Beigeladenen M. M. befragt (Bl 88 ff SG-Akte). In einem weiteren Beweisaufnahmetermin am 17.10.2014 hat das Gericht den auf den Baustellen der Klägerin teilweise tätigen K. R. als Zeugen sowie den Beigeladenen B. Z. befragt (Bl 93 ff SG-Akte). Wegen des Ergebnisses der Beweisaufnahme sowie der Aussagen der übrigen Beteiligten wird auf die jeweiligen Sitzungsniederschriften Bezug genommen.

Im Beweisaufnahmetermin am 17.10.2014 hat die Beklagte anerkannt, dass das für den Beigeladenen S. aufgrund Rechnung vom 25.01.2010 ua zugrunde gelegte Entgelt von 1.025,00 Euro (Blatt 101 der Widerspruchsakte, Rechnung an Herrn R.) der Ermittlung der durch die Klägerin nachzuzahlenden Sozialversicherungsbeiträge nicht zugrunde zu legen ist. Dieses Teil-Anerkenntnis hat die Klägerin angenommen (Bl 98 SG-Akte).

Mit Urteil vom 22.10.2014 hat das SG die Klage abgewiesen. Der Bescheid vom 01.02.2013 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 04.11.2013 in der Gestalt des Teil-Anerkenntnisses vom 17.10.2014 sei rechtmäßig und verletze die Klägerin nicht in ihren Rechten. Die Beklagte habe zu Recht Sozialversicherungsbeiträge anlässlich der Beschäftigung der polnischen Arbeitnehmer W., Z., K., M. und D. sowie des litauischen Arbeitnehmers S. nachgefordert, indem sie das vereinbarte Entgelt auf ein Bruttoentgelt hochgerechnet und hierauf Säumniszuschläge festgesetzt habe. Die genannten Personen seien bei der Klägerin abhängig beschäftigt gewesen. Sie seien gegenüber der Klägerin weisungsgebunden und in deren Betrieb eingegliedert gewesen. Sie hätten kein wesentliches unternehmerisches Risiko getragen. Die Beklagte habe die erhobenen Beiträge zu Recht auf Grundlage des [§ 14 Abs 2 Satz 2 SGB IV](#) berechnet. Auch die Festsetzung der Säumniszuschläge auf Grundlage des [§ 24 Abs 2 SGB IV](#) sei rechtmäßig. Seitens des Geschäftsführers der Klägerin habe mindestens dolus eventualis vorgelegen.

Gegen das ihrem Prozessbevollmächtigten am 24.10.2014 gegen Empfangsbekenntnis zugestellte Urteil des SG hat die Klägerin am 10.11.2014 Berufung beim Landessozialgericht Baden-Württemberg eingelegt. Zur Begründung hat sie auf ihren bisherigen Sachvortrag im Widerspruchsverfahren, im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes und in erster Instanz Bezug genommen. Der Beigeladene S. sei nicht weisungsgebunden gewesen. Die Frage der streitigen Arbeitnehmereigenschaft könne nicht aufgrund dessen Angaben beurteilt werden. Überdies habe er angegeben, er sei für mehrere Auftraggeber tätig gewesen und habe Aufträge ablehnen können, es habe kein Anspruch auf Fortzahlung der Vergütung im Krankheitsfall noch auf bezahlten Urlaub gegeben, keine regelmäßigen Arbeitszeiten und es hätten keine Arbeitsnachweise geführt werden müssen. Überdies habe er auch über eigene Werkzeuge verfügt. Der Beigeladene Z. habe von Beginn an beabsichtigt, Bauleistungen in Deutschland als selbständiger Unternehmer anzubieten. Für jede Baustelle sei ein schriftlicher Werkvertrag geschlossen worden, in dem der Auftragsumfang beschrieben worden sei. Hierzu habe der Beigeladene Z. auch Baupläne erhalten. Auch er sei für eine Vielzahl von verschiedenen Auftraggebern tätig gewesen. Das SG habe auch nicht gewürdigt, dass der Werklohn mit der Klägerin verhandelt worden sei. Entsprechendes gelte für die sozialversicherungsrechtliche Beurteilung des Beigeladenen D. ... Darüber hinaus spreche gegen ein versicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis, dass die Rechnungen jeweils pro Bauabschnitt gestellt worden seien, wie es für Werkleistungen typisch sei. Die Beigeladenen D. und Z. hätten Beträge jeweils in unterschiedlicher Höhe erhalten. Der Beigeladene M. sei nicht angeworben worden, sondern sei nach Deutschland gekommen, mit dem Ziel eine selbständige Tätigkeit auszuüben. Er habe zu diesem Zeitpunkt ein eigenes Fahrzeug gehabt, mit dem er auf die Baustellen gelangt sei. Außerdem habe er die erteilten Aufträge, das Flechten von Eisen, mit seinem eigenen Werkzeug ausgeführt. Er habe in seiner Aussage angegeben, über seine Zeit selbst bestimmt zu haben. Auch die Beigeladenen K. und W. seien selbständig gewesen. Insbesondere sei der Beigeladene W. im streitgegenständlichen Zeitraum auch für andere Auftraggeber tätig gewesen. Zu Unrecht vertrete das SG die Auffassung, dass keine Störung des Äquivalenzprinzips vorliege. Falls die Beigeladenen in Zukunft noch Kostenerstattungen für den streitgegenständlichen Zeitraum gegenüber der Krankenversicherung begehrten, könnte diese sich auf Verjährung berufen. Daher wäre die Klägerin mit gesetzlichen Beiträgen belastet, ohne dass die Krankenkasse zu einer Gegenleistung verpflichtet wäre. Rechtsfehlerhaft sei die Auffassung des SG Mannheim, dass illegale Beschäftigungsverhältnisse vorgelegen hätten. Es fehle schon an einer objektiven Verletzung zentraler arbeitgeberbezogenen Pflichten. Darüber hinaus habe auch kein auf die Verletzung etwaiger Pflichten gerichteter mindestens bedingter Vorsatz bestanden. Dem Geschäftsführer der Klägerin sei die Abgrenzung zwischen einem versicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnis und einer selbständigen Tätigkeit nicht bekannt gewesen. Er sei davon ausgegangen, dass bei Vorlage einer Gewerbeanmeldung keine andere Wahl bestehe, als einen Werkvertrag mit dem jeweiligen Bauarbeiter zu schließen. Insbesondere erlaube die Tatsache, dass der Geschäftsführer der Klägerin das Studium der Betriebswirtschaftslehre abgeschlossen habe, keinen Rückschluss auf das Vorliegen eines bedingten Vorsatzes. Im Strafverfahren habe der Geschäftsführer lediglich auf Rat seines dortigen Prozessbevollmächtigten ein Geständnis abgelegt, um das Strafmaß zu reduzieren. Schließlich sei die von der Beklagten durchgeführte Hochrechnung vom Netto- auf das Bruttoentgelt unter Berücksichtigung der ungünstigen Lohnsteuerklasse VI rechtswidrig. Dies sei bisher noch nicht angegriffen worden. Die Durchführung des Lohnsteuerabzuges nach Steuerklasse VI erfordere zum einen, dass der Arbeitnehmer unbeschränkt einkommensteuerpflichtig sei und zum anderen, dass die Lohnsteuerkarte schuldhaft vom Arbeitnehmer nicht vorgelegt worden sei. Letzteres liege erkennbar nicht vor. Die Beigeladenen seien nicht vorwerfbar von Einnahmen aus selbständiger Tätigkeit ausgegangen. Der Beigeladene S. müsse in jedem Fall in die Steuerklasse I eingestuft werden.

Die Klägerin beantragt,

das Urteil des Sozialgerichts Mannheim vom 22.12.2014 abzuändern und den Bescheid der Beklagten vom 01.02.2013 und den Widerspruchsbescheid vom 04.11.2013 in der Gestalt des Teil-Anerkenntnisses vom 17.10.2014 insoweit aufzuheben, als Sozialversicherungsbeiträge und Säumniszuschläge gefordert werden, die über den Betrag von 82.001,28 EUR aufgrund anerkannter Sozialversicherungspflicht der Beigeladenen M. und W. für die Zeit vom September 2008 bis Juni 2010 und des Beigeladenen K. für die Zeit von März 2009 bis Juni 2010 hinausgehen.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Neue Gesichtspunkte würden sich aus der Berufungsbegründung der Klägerin nicht ergeben. Bei der personenbezogenen Hochrechnung sei grundsätzlich die Steuerklasse VI zu berücksichtigen, es sei denn, dass im Zeitpunkt des Entgeltflusses eine Lohnsteuerkarte bzw eine Bescheinigung der Finanzverwaltung über beschränkte Einkommensteuerpflicht vorgelegen habe. Dies sei nicht der Fall. Wegen des Teilanerkennnisses betrage der Gesamtforderungsbetrag noch 192.573,31 EUR, hierin enthalten Säumniszuschläge in Höhe von 56.496,50 EUR.

Hinsichtlich der weiteren Einzelheiten des Sachverhalts und des Vorbringens der Beteiligten wird auf die Gerichtsakten beider Instanzen und die Verwaltungsakten (2 Bände) der Beklagten Bezug genommen.

Entscheidungsgründe:

Die Berufung der Klägerin hat keinen Erfolg.

Die form- und fristgerecht ([§ 151 Abs 1](#) Sozialgerichtsgesetz (SGG)) eingelegte sowie statthafte ([§ 143 SGG](#)) Berufung ist zulässig aber in der Sache nicht begründet.

Der streitgegenständliche Bescheid vom 01.02.2013 in der Fassung des Widerspruchsbescheids vom 04.11.2013 ist in der Gestalt des Teilanerkennnisses vom 17.11.2014 rechtmäßig und verletzt die Klägerin nicht in ihren Rechten. Die Beklagte hat zu Recht Sozialversicherungsbeiträge anlässlich der Beschäftigung der polnischen Arbeitnehmer W., Z., K., M. und D. sowie des litauischen Arbeitnehmers S. nachgefordert, indem sie das vereinbarte Entgelt auf ein Bruttoentgelt hochrechnete und hierauf Säumniszuschläge festsetzte. Zu Recht hat das SG die Klage abgewiesen.

Der angefochtene Bescheid ist formell rechtmäßig. Er ist nach erfolgter Anhörung der Klägerin 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 selbstständige Tätigkeit vornehmlich durch das eigene Unternehmerrisiko, das Vorhandensein einer eigenen Betriebsstätte, die Verfügungsmöglichkeit über die eigene Arbeitskraft und die im Wesentlichen frei gestaltete Tätigkeit und Arbeitszeit gekennzeichnet. Ob jemand abhängig beschäftigt oder selbstständig tätig ist, hängt davon ab, welche Merkmale überwiegen (zur Verfassungsmäßigkeit der Abgrenzung zwischen abhängiger Beschäftigung und selbstständiger Tätigkeit Bundesverfassungsgericht 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 RA 77/89](#), [SozR 3-2400 § 7 Nr 4](#); BSG 08.12.1994, [11 RA 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 der beigeladenen Bauarbeiter K., M., Z., S., D. und W. zutreffend festgestellt hat; die Beigeladenen zu 3) bis 8) 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 verpflichtet. Das SG hat in seiner Entscheidung zutreffend die rechtlich maßgeblichen Abgrenzungskriterien zugrunde gelegt und diese auch überzeugend und richtig gewürdigt.

Der Senat stützt sich auf die Ergebnisse des vom Hauptzollamt K. durchgeführten Ermittlungsverfahrens, des Strafverfahrens gegen den Geschäftsführer der Klägerin vor dem AG S. und der beiden Beweisaufnahmeterminen vor dem SG.

Zweifel an der Richtigkeit der in den Ermittlungsakten festgehaltenen Angaben bestehen nicht. Das gilt auch in Ansehung des Dolmetschereinsatzes bzw der Verwendung von Fragebögen in polnischer und russischer Sprache. 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 oder den Fragebogen zur versicherungsrechtlichen Beurteilung bzw zu den Umständen der verrichteten Tätigkeit etwa nicht hinreichend zu verstehen. Die Darstellungen innerhalb der Vernehmungsprotokolle und Fragebögen lassen vielmehr darauf schließen, dass die Fragen von den Betroffenen verstanden wurden.

Die beigeladenen polnischen/litauischen Bauarbeiter K., M., Z., S., D. und W. sind gegenüber der Klägerin weisungsgebunden und in deren Betrieb eingegliedert gewesen. Sie haben kein wesentliches unternehmerisches Risiko getragen.

Gegen eine selbständige Tätigkeit spricht zunächst das äußere Erscheinungsbild. Die Beigeladenen zu 3) bis 8) sind nicht über eigene Werbung, sondern über persönliche Kontakte – nach jeweils eigenen Angaben waren sie auf Arbeitsuche in Deutschland – zu der Klägerin gelangt. Aus den Aussagen ergibt sich außerdem für die Beigeladenen zu 3 bis 8) gleichermaßen, dass sie keine oder nur sehr wenige Deutschkenntnisse hatten (Bl 1269 Beiakte [K., M.], Bl 1109/1389 [S.], Bl 1169/1353 [Z., vgl auch Bl 95 f SG-Akte], Bl 1369 [W.], Bl 1407 [D.]), weder über Büroräume oder über Mitarbeiter verfügten und auch keine Werbung für ein Gewerbe gemacht haben, also nicht selbst als Unternehmer am Markt aufgetreten sind und dies auch mangels Sprachkenntnissen nicht gekonnt hätten. In der mündlichen Verhandlung vor dem Senat am 23.02.2016 hat der Geschäftsführer der Klägerin außerdem angegeben, einige der Beigeladenen zu 3) bis 8) seien zu ihm gekommen, hätten mitgeteilt, sie seien vom Zeugen R. entlassen und hätten gefragt, ob sie bleiben könnten; dies habe er bejaht und ihnen jeweils gesagt "Du machst das. Du machst das".

Der Beigeladene K. ist auch über den bereits seitens der Klägerin als abhängige Beschäftigung akzeptierten Zeitraums, in welchem die Zahlung eines Stundenlohns dokumentiert ist, zur Überzeugung des Senats bei der Klägerin abhängig beschäftigt gewesen. Auch für diejenigen Zeiträume, für die laut dem Vorbringen der Klägerin ein Subunternehmerverhältnis vorlag, überwiegen die Merkmale einer abhängigen Beschäftigung. Ausweislich der Angaben des Geschäftsführers der Klägerin im Erörterungstermin vor dem SG am 05.09.2014 (Bl 89 ff SG-Akte) hatte der Beigeladene K. keine besonderen Fähigkeiten. Er ist für Tätigkeiten wie Aufräumen oder das Auspumpen eines Kellers eingesetzt worden. Dies sind Tätigkeiten, für die eine Einzelweisung bei Bedarf erforderlich ist. Ausweislich des Geschäftsführers der Klägerin hat man dem Beigeladenen K. zB die konkrete Anweisung gegeben, dass er auf eine Strecke von 10 Metern 80 Zentimeter tief graben solle. Dies hat er dann "selbständig" ausgeführt. Für das Auspumpen des Kellers hat er die Pumpe als Arbeitsmittel durch die Klägerin gestellt bekommen. Morgens ist dem Beigeladenen K. vom Vorarbeiter der Klägerin, K., der bei dieser abhängig beschäftigt ist, aufgegeben worden, was er konkret an einem jeweiligen Tag zu arbeiten habe. Gegen eine abhängige Beschäftigung spricht nicht, dass der Beigeladene K. mit einer einzelnen Tätigkeit auch einmal länger als einen Tag lang beschäftigt sein konnte. Auffällig ist, dass die Gewerbeanmeldung des Bauarbeiters K., lautend auf "Baustellenreinigung und Bauhilfsarbeiten", zum 10.06.2008, also offenbar gezielt zur Beschäftigungsaufnahme bei der Klägerin erfolgte. Eine abhängige Beschäftigung wäre zu diesem Zeitpunkt mangels entsprechender Erlaubnis nicht möglich gewesen. Der Vorarbeiter K. hat gegenüber dem Zoll angegeben, er habe auf die Gewerbeanmeldung hingewirkt, um eine "legale" Arbeit zu ermöglichen (Bl 1471 Beiakte). Der Beigeladene K. ist auf Initiative des Geschäftsführers der Klägerin als Arbeiter durch den Polier der Klägerin K. angeworben worden und ist dessen Anweisungen gefolgt. Er hatte laut Aussage des Poliers K. weder eigene Fahrzeuge noch Maschinen. Er ist der deutschen Sprache kaum mächtig, was seitens des Hauptzollamts K. am 25.02.2009 festgehalten worden ist. Er hat auch keinerlei schriftlichen Auftrag vorlegen können, aus dem sich eine selbständige Tätigkeit ergeben hätte. Schließlich hat der Beigeladene K. ausweislich der Aussagen gegenüber dem Hauptzollamt über keine eigenen Büro- und Geschäftsräume verfügt. Wohnung und Betriebsstätte waren identisch. Er hat keinerlei Werbung gemacht. Er hat mit Ausnahme des Ausfalls der eigenen Arbeitskraft keinerlei unternehmerisches Risiko getragen. Gegenüber der Klägerin ist er durch den Vorarbeiter K. weisungsgebunden hinsichtlich der Ausführung einzelner Arbeiten gewesen. Selbst wenn – wie von der Klägerin vorgebracht – der Bauarbeiter K. über einzelne eigene Werkzeuge verfügt haben sollte, steht dies einer abhängigen Beschäftigung nicht entgegen. Dabei ist zu berücksichtigen, dass zahlreiche auf Seite 8 der Klagebegründungsschrift vom 04.03.2014 aufgezählte Werkzeuge für die durch den Bauarbeiter K. ausgeführten Tätigkeiten überhaupt nicht erforderlich waren. Und auch sonst fiel es für die Gesamtbewertung seiner Tätigkeit nicht ins Gewicht, sollte er einzelne Werkzeuge benutzt haben, die in seinem Eigentum standen. Überdies haben der Geschäftsführer der Klägerin und der Zeuge R. vor dem SG glaubhaft erklärt, alle großen Werkzeuge seien von der Klägerin gestellt worden (Bl 90/97 SG-Akte).

Der Beigeladene W., der Stiefbruder des Vorarbeiters der Klägerin K., ebenfalls durch diesen auf Initiative des Geschäftsführers der Klägerin angeworben, ist im streitigen Zeitraum durchgehend abhängig bei der Klägerin beschäftigt gewesen. Hierfür sprechen einerseits die aktenkundigen sowie auch die Angaben des Bauarbeiters M. im ersten Erörterungstermin vor dem SG am 05.09.2014 sowie die Angaben des Geschäftsführers der Klägerin. In der Befragung durch das Hauptzollamt K. hat der Bauarbeiter W. angegeben, dass sein Bruder, der Vorarbeiter der Klägerin K., auch für ihn sowie die Bauarbeiter M. und K. Vorarbeiter sei und Weisungen erteile (Bl 1369 Beiakte). Auch der Bauleiter der Klägerin habe ihnen Weisungen erteilt. Diese Aussage hat er im Termin vor dem SG wiederholt. Der Geschäftsführer der Klägerin benenne die Baustellen, auf denen sie zu arbeiten hätten. Es existierten keine Verträge für die Arbeiter auf einzelnen Baustellen. Es würden lediglich im Nachhinein Rechnungen erstellt. Anlässlich der Befragung durch das Hauptzollamt hat der Bauarbeiter W. weder einen mündlichen noch einen schriftlichen Vertrag für die zum damaligen Zeitpunkt ausgeübte Tätigkeit vorweisen bzw benennen können. Er hat ausdrücklich klargestellt, dass kein Unterschied zu seiner vorherigen abhängigen Beschäftigung in Polen bestehe. Der Chef gebe die Anweisungen. Der Bauleiter nehme die verrichteten Arbeiten ab und sage, was als nächstes zu tun sei. Bei Arbeitsunfähigkeit werde die Arbeit unterbrochen. Er übe dieselbe Arbeit aus wie die anderen Arbeitnehmer der Klägerin. Ihn treffe eine persönliche Arbeitspflicht. Er verfüge nicht über eigene Werkzeuge oder Maschinen. Diese würden kostenfrei von der Klägerin zur Verfügung gestellt. Er trete nicht werbend am Markt auf. Nach diesem Gesamtbild liegt eine abhängige Beschäftigung zweifelsfrei vor.

Auch der Geschäftsführer der Klägerin hat im ersten Erörterungstermin ausgeführt, dass Herr K. der "Polier" sei und die anderen Personen auf der Baustelle die "Mitarbeiter" (die Beigeladenen W., M. und K.). Die Materialbestellungen würden alleine durch den Polier oder den Bauleiter vorgenommen. Nicht glaubhaft und überzeugend sind die Angaben des Geschäftsführers der Klägerin, dass die Beigeladenen M., W. und K. zu Beginn ihrer Tätigkeit als Subunternehmer kleinere Aufträge erhielten, dann aber im Laufe der Jahre dazu lernten und

selbständiger wurden und dann als abhängige Beschäftigte angestellt wurden. Denn gerade der Einsatz als reiner Hilfsarbeiter zu Beginn, wie durch den Geschäftsführer der Klägerin angegeben, spricht für eine stärkere Weisungsabhängigkeit als das spätere selbständige Arbeiten, nachdem die Arbeiter dazugelernt hatten.

Die Tatsache, dass der Beigeladene W. auch für andere Firmen tätig war und seit 2006 als Selbständiger in Deutschland firmierte, spricht nicht gegen den Gesamteindruck einer abhängigen Beschäftigung. So fällt auf, dass die Rechnungen an andere Unternehmen außerhalb der Zeit gestellt worden sind, in der der Beigeladene W. für die Klägerin tätig gewesen ist. dh solange er für diese tätig war, hat er dieser seine Arbeitskraft voll umfänglich zur Verfügung gestellt. Ohnehin ist jedes Rechtsverhältnis für sich zu beurteilen und auch abhängig Beschäftigte können für mehrere Auftraggeber (abhängig) beschäftigt sein (Urteile des Senats vom 21.10.2014, [L 11 R 487/13](#); 17.01.2012, [L 11 R 1138/10](#), jeweils juris).

Der Beigeladene M., der über den Vorarbeiter der Klägerin K. angeworben worden ist und unter ihm gearbeitet hat, ist im streitigen Zeitraum ebenfalls durchgehend abhängig beschäftigt gewesen. Auffällig ist hier, dass er erst am 16.01.2009 ein selbständiges Gewerbe für Bauhilfsarbeiten angemeldet hat, obwohl er schon ab Juli 2008 für die Klägerin tätig war. Auch er hat Rechnungen gegenüber der Klägerin gestellt, wie die Beigeladenen K. und W. ... Vertragliche Vereinbarungen liegen dem Gericht nicht vor. Der Beigeladene M. ist anlässlich des ersten Erörterungstermins vom SG vernommen worden. Er ist den Einzelweisungen des Vorarbeiters K. unterlegen. Ihm sei jeweils gesagt worden, was er als nächstes zu tun habe. Auch hinsichtlich des Bauarbeiters M. hat der Polier K. ausgeführt, dass er über keine eigenen Werkzeuge verfügt hat; zwar anders die Angaben der Klägerin in der Klage- und Berufungsbegründung, jedoch haben der Geschäftsführer der Klägerin und der Zeuge R. vor dem SG glaubhaft erklärt, alle großen Werkzeuge seien von der Klägerin gestellt worden (BI 90/97 SG-Akte), weshalb es auf etwaige Kleinwerkzeuge nicht ankommt.

Der Beigeladene M. hat nicht über keine eigenen Büro- und Geschäftsräume verfügt. Wohnung und gemeldete Betriebsstätte sind identisch gewesen. Er hat gegenüber dem Hauptzollamt angegeben, selbst keinerlei Werbung zu betreiben. Der Geschäftsführer der Klägerin hat angegeben, dass der Beigeladene M. als "Mitarbeiter" unter dem Polier K. tätig gewesen sei. Er habe als Werkzeug lediglich eine Flex, ein Nivelliergerät und eine Handkreissäge, Spaten, Hammer, eine Wasserwaage und ähnliches gehabt. Das Material sei voll umfänglich von der Klägerin zur Verfügung gestellt. Der Beigeladene M. selbst hat angegeben, gemeinsam mit seinem Bruder, dem Vorarbeiter K., mit dem Fahrzeug der Klägerin auf die Baustelle gefahren zu sein. Ausweislich der Angaben des Geschäftsführers der Klägerin hat der Bauarbeiter M. auch in Eigenregie auf dieses Fahrzeug der Klägerin zurückgegriffen, wenn der Vorarbeiter K. nicht anwesend war. Er hat also ganz selbstverständlich die Arbeitsmittel der Klägerin benutzt. Der Beigeladene M. hat angegeben, dass sich erst auf der Baustelle ergeben habe, was zu tun sei. Der Geschäftsführer der Klägerin hat bestätigt, dass man Herrn M. den Auftrag erteilen konnte, zwei Streifenfundamente inklusive Entwässerung für eine Garage anzufertigen. Dies hat er auf Einzelweisung des Vorarbeiters oder des Bauleiters erledigt, also im Rahmen einer abhängigen Beschäftigung. Wenn der Beigeladene M. erklärt hat, über seine Zeit selbst bestimmt zu haben, steht das in Widerspruch dazu, dass es ausweislich seiner eigenen Angaben hinsichtlich seiner Arbeitszeiten und des Ausübens der Tätigkeit keinen Unterschied zu der anerkannten Zeit der abhängigen Beschäftigung gegen Stundenlohn und der vorherigen Tätigkeit als vermeintlich Selbständiger gegeben hat.

Die Beigeladenen D., Z. und S. sind zur Überzeugung des Senats ebenfalls durchgehend bei der Klägerin abhängig beschäftigt gewesen. Diesen allen ist gemeinsam, dass sie im Gegensatz zu den Arbeitern M., K. und W. schriftliche Subunternehmerverträge mit der Klägerin vorlegen können, so dass rein äußerlich die Tätigkeiten vom rechtlichen Rahmen her einer Subunternehmertätigkeit angepasst waren. Allerdings ist der Senat davon überzeugt, dass in der Gesamtschau und wegen Überwiegens der Merkmale einer abhängigen Beschäftigung bei der tatsächlichen Ausübung der Tätigkeit insgesamt von einer abhängigen Beschäftigung auszugehen ist. Die jeweilige Leistungsbeschreibung "Lohnleistung für die Rohbauarbeiten inkl. Kanal-, Entwässerungs- und Verfüllarbeiten sowie Nebearbeiten in den einzelnen Verträgen war derart unbestimmt, dass sie weiterer Konkretisierung durch Einzelweisungen bedurfte (zu diesem Gesichtspunkt Senatsurteil vom 14.02.2012, [L 11 KR 3007/11](#), juris; vgl die Verträge der Klägerin BI 195 [D.], 215 [Z.], 635 [S.] der Beilagen), wie sie durch die Anweisungen des Geschäftsführers der Klägerin und der Zeugen R. und K. auch tatsächlich erfolgt sind. Im zweiten Erörterungs- und gleichzeitig Beweisaufnahmetermin vor dem SG hat sich - insbesondere auch durch die Angaben der Zeugen R. - herausgestellt, dass der Abschluss der Subunternehmerverträge über den Zeugen R. veranlasst bzw gesteuert wurde. Allerdings konnte die Behauptung des Geschäftsführers der Klägerin, dass die Beigeladenen D., Z. und S. faktisch Arbeitnehmer des selbständigen Subunternehmers R. gewesen seien, nicht bestätigt werden. Hiergegen spricht bereits die Tatsache, dass die abgeschlossenen Subunternehmerverträge jeweils die Klägerin und nicht den selbständigen Subunternehmer R. als Auftraggeber genannt haben. Zudem haben die Beigeladenen D., Z. und S. aktenkundig übereinstimmend angegeben, dass ihr Auftraggeber die Klägerin und nicht der selbständige Subunternehmer R. gewesen ist.

Im Einzelnen:

Die aktenkundigen Unterlagen und Angaben des Beigeladenen Z. sprechen für seine abhängige Beschäftigung. Er hat sein Gewerbe als Neugründung kurz vor der Aufnahme der Tätigkeit für die Klägerin unter seiner Wohnanschrift angemeldet. Er hat angegeben, hinsichtlich der Art und Weise der auszuübenden Tätigkeit Weisungen unterlegen und wie festangestellte Mitarbeiter Arbeiten erledigt zu haben. Er hat erklärt, persönlich zur Arbeitsleistung verpflichtet gewesen zu sein und nicht in Eigenregie geworben zu haben. Die Arbeitsmittel seien ihm kostenfrei zur Verfügung gestellt worden. Er hat anlässlich der Befragung des Hauptzollamts angegeben, seit Beginn der selbständigen Tätigkeit ausschließlich für die Klägerin tätig gewesen zu sein. Wenn er im Erörterungstermin vor dem SG anderes erklärt hat, so bezieht sich dies offenkundig auf spätere Zeiträume, nicht aber den Zeitraum der Beschäftigung für die Klägerin. Denn er hat auch angegeben, wegen Sprachschwierigkeiten zunächst keine anderen Auftraggeber als die Klägerin gehabt zu haben. Sämtliche ab dem 01.07.2009 vorgelegten Rechnungen sind auf die Klägerin ausgestellt. Gegen eine selbständige Tätigkeit des Bauarbeiters Z. spricht, dass er selbst keine Arbeitnehmer und keine eigenen Fahrzeuge hatte und nur zum Teil kleinere eigene Werkzeuge, nämlich das, was er zum Renovieren des eigenen Hauses in Polen benötigt hatte. Der Geschäftsführer der Klägerin und der Zeuge R. haben überdies glaubhaft erklärt, alle großen Werkzeuge seien von der Klägerin gestellt worden (BI 90/97 SG-Akte). Aktenkundig ist weiter, dass die Rechnungen des Beigeladenen Z., gerichtet an die Klägerin, zu Beginn sogar durch die Klägerin geschrieben worden sind, bis ein Buchhaltungsservice dies übernommen hat. Im Erörterungstermin vor dem SG hat der Beigeladene Z. angegeben, dass er sich bei Fragen oder hinsichtlich Materialbestellungen an den Bauleiter der Klägerin gewandt habe. Er hat erklärt, dass er für den Fall, dass er nicht hätte arbeiten können, was tatsächlich nicht eingetreten ist, sich beim Bauleiter oder im Büro der Klägerin für sein Fernbleiben entschuldigt hätte. Dies entspricht nicht der Tätigkeit eines selbständigen Subunternehmers, der über seine Arbeitszeit frei verfügen kann. Er hat des Weiteren plausibel und

nachvollziehbar geschildert, dass er zunächst in Polen Arbeit gesucht aber dort keine gefunden habe. Deswegen ist er dann in Deutschland tätig geworden. Soweit er angegeben hat, dass für einzelne Baustellen vereinbart worden sei, welche Arbeiten er hierzu zu verrichten habe, so ist dies nicht plausibel, hält man die gestellten Rechnungen dagegen. Denn hier sind pauschal Arbeiten abgerechnet worden, die in dem vorliegenden Subunternehmervertrag unter "sonstige Vereinbarungen" genannt waren. Andere Tätigkeiten, die im Subunternehmervertrag auftauchten, sind nicht in Rechnung gestellt worden. Außerdem fällt auf, dass die Bauarbeiter D., S. und Z. offensichtlich dieselben Arbeiten zu erledigen hatten. Dies spricht nicht dafür, dass es sich um einzelne Subunternehmer handelte, denen konkret bestimmte Arbeiten zugewiesen waren. Vielmehr arbeiteten sie zur Überzeugung des Senats zusammen als abhängig Beschäftigte der Klägerin.

Bei der Tätigkeit des Bauarbeiters S., der nur ein bis zwei Monate für die Klägerin tätig war, hat es sich um eine abhängige Beschäftigung gehandelt. Er hat sein Gewerbe kurz vor Aufnahme der Tätigkeit bei der Klägerin unter seiner Privatschrift angemeldet. Er hat diese "selbständige" Tätigkeit am 01.05.2010, kurz nach dem Ende der Tätigkeit für die Klägerin, wieder aufgegeben. Er ist sodann in seiner Heimat L. zurückgezogen. Er hat angegeben (Bl 1109/1389 Beiakte), weisungsgebunden gewesen zu sein, keine eigenen Arbeitnehmer beschäftigt zu haben und auch die Rechnungen nicht selbst geschrieben zu haben. Er habe kein eigenes Kapital eingesetzt und über keine eigenen Büroräume verfügt. Im Falle der Arbeitsunfähigkeit habe der Auftrag zurückgegeben werden können, ohne dass er Konsequenzen zu fürchten gehabt hätte wie etwa eine Konventionalstrafe. Er habe die Arbeitsmittel des Auftraggebers kostenfrei verwandt. Der vorliegende Subunternehmervertrag, der die Formalien einer selbständigen Tätigkeit wahren möchte, fällt damit insgesamt nicht ins Gewicht, wie das SG zutreffend ausgeführt hat. Auch hier ist wieder darauf hinzuweisen, dass die Subunternehmerverträge der Herren D., S. und Z. identisch waren und sich nicht für einen einzelnen sogenannten Subunternehmer bestimmte Tätigkeiten abgrenzen ließen. Soweit er über Kleinwerkzeug verfügt hat, ergibt sich hieraus kein Unternehmerrisiko, denn der Geschäftsführer der Klägerin und der Zeuge R. glaubhaft erklärt, dies seien nur Kleinteile gewesen; alle großen Werkzeuge seien von der Klägerin gestellt worden (Bl 90/97 SG-Akte).

Der Arbeiter D. übte ausweislich seiner eigenen Angaben gegenüber dem Hauptzollamt K. ebenfalls eine abhängige Beschäftigung aus, obwohl er der Form halber auch einen Subunternehmervertrag mit der Klägerin abgeschlossen hatte, identisch zu dem der Beigeladenen S. und Z. ... Der Beigeladene D. hat angegeben (Bl 1407 ff Beiakte), keine weiteren Auftraggeber als die Klägerin gehabt zu haben. Er verstehe und spreche kein Deutsch. Er habe kein eigenes Fahrzeug, mache keine eigene Werbung und habe keine eigenen Betriebsräume. Er wohnte unter derselben Wohnanschrift wie der Bauarbeiter M. ... Ein unternehmerisches Risiko hat er nicht getragen. Zwar verfügte er über eigene Kleinwerkzeug, insofern haben aber der Geschäftsführer der Klägerin und der Zeuge R. glaubhaft erklärt, dies seien nur Kleinteile gewesen; alle großen Werkzeuge seien von der Klägerin gestellt worden (Bl 90/97 SG-Akte).

Soweit die Beigeladenen zu 3) bis 8) ein Gewerbe angemeldet hatten, spricht dies allein nicht für eine selbständige Tätigkeit. Eine Gewerbebeantragung kann nicht als wesentliches Indiz dafür herangezogen werden, dass jemand selbstständig tätig gewesen ist, denn eine Überprüfung durch das Gewerbeaufsichtsamt hinsichtlich des Vorliegens einer Beschäftigung findet nicht statt. Die Anmeldung eines Gewerbes und die Vergütung in Form von Rechnungen setzen eine selbständige Tätigkeit voraus, begründen aber für sich allein keine solche (Beschluss des Senats vom 19.07.2012, L 11 KR 1789/12 ER-B, juris). Gleiches gilt dafür, dass keine Arbeitnehmerschutzrechte wie Lohnfortzahlung im Krankheitsfall oder bezahlter Urlaub vereinbart waren. Solche Vertragsgestaltungen sind als typisch anzusehen, wenn bei Seiten eine selbstständige freie Mitarbeit wollten (vgl. Senatsurteil vom 15.12.2015, [L 11 R 2083/15](#)).

Schließlich hat der bei der Klägerin abhängig beschäftigte Polier/Vorarbeiter K. in seiner Vernehmung angegeben (Bl 1271/1471 Beiakte), der Geschäftsführer der Klägerin sei mehrfach an ihn herantreten und habe erklärt, er suche Arbeiter. Er (K.) sei davon ausgegangen, dass nur über eine Gewerbebeantragung der betreffenden Personen eine "legale" Arbeit möglich gewesen sei. Vorliegend steht der Wertung als sozialversicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis aber gerade nicht entgegen, dass die Beigeladenen zu 3) bis 8) als polnische/litauische Staatsangehörige nach [§ 284 Abs 1 S 1 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. Senatsurteil vom 30.09.2014, [L 11 R 1862/12 mwN](#)). Wird - wie hier - eine Arbeitsleistung tatsächlich erbracht, schuldet der Arbeitgeber auch die Vergütung mit der Folge, dass auch eine sozialversicherungspflichtige Beschäftigung vorgelegen hat.

Die Pflicht zur Zahlung des Gesamtsozialversicherungsbeitrags verstößt nicht gegen höherrangiges Recht. Dies gilt auch, wenn der gesetzlich Versicherte vom Eintritt der Versicherungspflicht in der Krankenversicherung nichts weiß oder hiervon keine Kenntnis nimmt und deshalb keine Leistungen aus der gesetzlichen Krankenversicherung in Anspruch genommen hat. Darin liegt keine Störung des sog. Äquivalenzprinzips. Dies gilt auch dann, wenn der gesetzlich Versicherte vom Eintritt der Versicherungspflicht in der Krankenversicherung nichts weiß oder hiervon keine Kenntnis nimmt und deswegen keine Leistungen aus der gesetzlichen Krankenversicherung in Anspruch genommen hat (vgl. eingehend Senatsurteil vom 13.03.2012, [L 11 KR 4952/10](#), [NZS 2012, 789](#)).

Die Beklagte hat die erhobenen Beiträge zu Recht auf Grundlage des [§ 14 Abs 2 Satz 2 SGB IV](#) berechnet. Nach dieser Vorschrift, die im Zuge der Bekämpfung illegaler Schattenwirtschaft ("Schwarzarbeit") eingeführt worden ist (vgl. BSG SozR 4-2400 § 14 Nr 13 Rn 17), gilt ein Nettoarbeitsentgelt als vereinbart, wenn bei illegalen Beschäftigungsverhältnissen Steuern und Beiträge zur Sozialversicherung und zur Arbeitsförderung nicht gezahlt worden sind. Demnach gelten als Arbeitsentgelt zunächst die Einnahmen des Beschäftigten. Hinzugerechnet werden auf den Nettobetrag entfallende Lohn- und Kirchensteuer sowie Sozialversicherungsbeitragsanteile des Arbeitnehmers (vgl. Seewald, Kasseler Kommentar zum Sozialversicherungsrecht, SGB IV, § 14 Rn 134). Der Senat ist auch davon überzeugt, dass vorliegend neben der objektiven Verletzung zentraler arbeitgeberbezogener Pflichten bei der Klägerin auch diesbezüglich mindestens bedingter Vorsatz vorgelegen hat (vgl. zu dieser Voraussetzung BSG 09.11.2011, [B 12 R 18/09 R](#), [BSGE 109, 254](#), SozR 4-2400 § 14 Nr 13 Rn 28).

Zunächst ist Voraussetzung das Vorliegen einer sog. illegalen Beschäftigung. Nach höchstrichterlicher Rechtsprechung genügt hierzu in objektiver Hinsicht, dass der Arbeitgeber die Betroffenen zu Unrecht als selbständig behandelt und insgesamt weder Steuern noch Beiträge zur Sozialversicherung und zur Arbeitsförderung abgeführt hat. Dies ist - wie oben ausgeführt - vorliegend der Fall gewesen.

In subjektiver Hinsicht ist darüber hinaus zumindest bedingter Vorsatz bezogen auf die Vorenthaltung der Beiträge und Steuern zu fordern (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 (Landessozialgericht Nordrhein-Westfalen 16.09.2013, [L 8 R 361/13 B ER](#) mwN). Auch diese Voraussetzung ist zur Überzeugung des Senats erfüllt. Mit Ausnahme der für drei der sechs in Streit stehenden Beschäftigungsverhältnisse abgeschlossenen Subunternehmerverträge spricht die weit überwiegende Anzahl der relevanten Kriterien für eine abhängige Beschäftigung der Bauarbeiter. Betreffend die Person des Geschäftsführers der Klägerin ist zu berücksichtigen, dass dieser über ein abgeschlossenes Studium der Betriebswirtschaftslehre verfügt und vor Aufnahme der eigenen selbständigen Tätigkeit bei der S. Bau beschäftigt war. Er selbst beschäftigt Arbeiter und schließt Subunternehmerverträge ab. Ihm ist daher bekannt, dass es beide Möglichkeiten gibt. Insbesondere hat er im ersten Erörterungstermin vor dem SG auch dargelegt, dass er sich bei Subunternehmern erkundigte, wie viele Arbeitnehmer sie hätten etc. Die hier in Frage stehenden Personen hatten keine Arbeitnehmer. Sie hätten in den streitigen Zeiträumen mangels entsprechender Erlaubnis auch nicht abhängig beschäftigt sein können. Dem Geschäftsführer der Klägerin musste aufgrund seiner ausbildungsbedingten Kenntnisse auch klar sein, dass die Bauarbeiter nicht in der Lage waren, selbst ein Unternehmen zu führen. Dies zum einen aufgrund der mangelnden Deutschkenntnisse und der Tatsache, dass die Klägerin sogar das Schreiben der Rechnungen für die Bauarbeiter zunächst übernehmen musste. Schließlich hatte der Geschäftsführer auch Kenntnis davon, dass sie zunächst als Hilfsarbeiter deutlich angeleitet werden mussten und ihnen Einzelweisungen zu erteilen waren. Selbst wenn der Geschäftsführer der Klägerin um die abhängige Beschäftigung der Bauarbeiter nicht sicher wusste, so ist der Senat davon überzeugt, dass er jedenfalls deren Beitragspflicht für möglich gehalten und die Nichtabführung der Sozialversicherungsbeiträge billigend in Kauf genommen hat.

Die von der Beklagten durchgeführte Hochrechnung vom Netto- auf das Bruttoentgelt unter Berücksichtigung der ungünstigen Steuerklasse VI in Anwendung des Einkommensteuergesetzes ist rechtmäßig (vgl. dazu Schleswig-Holsteinisches LSG 17.09.2015, [L 5 KR 146/15 B ER](#), [NZS 2015, 913](#)). Fehler in der Berechnung liegen nicht vor. Die Durchführung des Lohnsteuerabzugs nach Steuerklasse VI bei Nichtvorlage einer Lohnsteuerkarte durch den Arbeitnehmer erfordert nach [§ 39c Abs 1 S 1 EStG](#) zum einen, dass der Arbeitnehmer "unbeschränkt einkommensteuerpflichtig" ist, und zum anderen, dass die Lohnsteuerkarte von diesem "schuldhaft" nicht vorgelegt wurde. Soweit diese Vorschrift die unbeschränkte Steuerpflicht voraussetzt, ergeben sich deren Voraussetzungen (und Rechtsfolgen) aus [§ 1 EStG](#) (vgl. BSG 09.11.2011, [B 12 R 18/09 R](#), [BSGE 109, 254](#), SozR 4-2400 § 14 Nr 13 Rn 31). Beschränkt einkommensteuerpflichtige Personen (vgl. [§ 1 Abs 4 EStG](#)) werden für die Durchführung des Lohnsteuerabzugs nach [§ 39d Abs 1 Satz 1 EStG](#) in die (günstigere) Steuerklasse I eingereiht. Grundlage des Lohnsteuerabzugs ist dann eine hierüber erteilte Bescheinigung des Betriebsstättenfinanzamts. Vorliegend hat im Zeitpunkt des Entgeltflusses eine Lohnsteuerkarte bzw. eine Bescheinigung der Finanzverwaltung über beschränkte Einkommensteuerpflicht nicht vorgelegen. Die Klägerin kann sich nicht mit Erfolg darauf berufen, dass sie aus ihrer Sicht in vertretbarer Weise ein freies Mitarbeiterverhältnis angenommen habe. Die im Streitfall vorliegenden Umstände schließen aus, dass sich die Klägerin insoweit in einem entschuldbaren Rechtsirrtum befunden hat. In Bezug auf die Voraussetzung für die Besteuerung nach [§ 39c Abs 1 Satz 1 EStG](#), dass die Lohnsteuerkarte vom Arbeitnehmer schuldhaft nicht vorgelegt wurde, hat der BFH entschieden, dass ein den Haftungstatbestand ausschließender entschuldbarer Rechtsirrtum bei der Auslegung des Arbeitnehmerbegriffs regelmäßig nicht vorliegt, wenn der Arbeitgeber, der die Verschuldensprüfung durchzuführen hat (vgl. [BFHE 194, 372](#)), von der Möglichkeit der sog Anrufungsauskunft nach [§ 42e EStG](#) keinen Gebrauch gemacht hat (BFH 29.05.2008, [VI R 11/07](#), [BFHE 221, 182](#), [NZA-RR 2008, 531](#)). So liegen die Dinge vorliegend. Das BSG, dem der Senat folgt, hat ausgeführt, dass die Rechtsprechung des BFH auf den sozialversicherungsrechtlichen Kontext zu übertragen ist (BSG SozR 4-2400 § 14 Nr 13 Rn 31). Nach [§ 42e EStG](#) kann der Arbeitgeber - mit Verbindlichkeit für das Lohnsteuerabzugsverfahren - von dem für ihn zuständigen Betriebsstättenfinanzamt eine Antwort auf alle Fragen erhalten, die mit der Einbehaltung und Abführung der Lohnsteuer zusammenhängen. Hiervon hat die Klägerin jedoch keinen Gebrauch gemacht. In seiner Entscheidung hat der BFH auch darauf hingewiesen, dass besondere Umstände ausnahmsweise eine andere Betrachtung gebieten können (vgl. [BFHE 221, 182](#)). Solche Umstände sind vorliegend indes nicht ersichtlich, insbesondere kann sich die Klägerin nicht auf einen Rechtsirrtum bzw. auf Vertrauen in ihre Rechtsansicht berufen und es sind keine Fehler im Verantwortungsbereich der Beklagten ersichtlich, die auf die vorgenommenen bzw. unterlassenen Handlungen der Klägerin Einfluss gehabt haben.

Auch die Festsetzung der Säumniszuschläge auf Grundlage des [§ 24 Abs 2 SGB IV](#) ist zutreffend erfolgt und nicht zu beanstanden. Denn die Berechtigung, rückwirkend Säumniszuschläge zu erheben, beruht auf der vom Gesetzgeber implizit angestellten Vermutung, dass der Beitragsverpflichtete den Entstehungs- und Fälligkeitszeitpunkt seiner konkreten Verpflichtung kennt und deshalb für Rückstände verantwortlich ist, so dass insoweit grundsätzlich kein Vertrauensschutz in Frage kommt (vgl. Seewald, Kasseler Kommentar zum Sozialversicherungsrecht, SGB IV, § 24 Rn 13). Säumniszuschläge sind nach [§ 24 Abs 2 SGB IV](#) nur dann nicht zu erheben, soweit der Beitragsschuldner glaubhaft macht, dass er unverschuldet keine Kenntnis von der Zahlungspflicht hatte (vgl. Schlegel in Küttner, Personalhandbuch 2011, Stichwort "Säumniszuschlag/Sozialversicherungsrecht" Rn 16). Dies ist vorliegend gerade nicht der Fall. Wie bereits dargelegt, hat jedenfalls ein billigendes In-Kauf-Nehmen, also dolus eventualis, vorgelegen.

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

Die Festsetzung des Streitwerts für das Berufungsverfahren beruht auf [§ 197a SGG](#) iVm [§ 52 Abs 3 GKG](#). Infolge des Teilerkenntnisses vom 17.10.2014 hat sich die Gesamtforderung der Beklagten auf 192.573,31 EUR ermäßigt; abzüglich der von der Klägerin akzeptierten und außer Streit gestellten 82.001,28 EUR ergibt sich der Streitwert in Höhe von 110.572,03 EUR. Die Säumniszuschläge waren in die Höhe des Streitwertes einzubeziehen (vgl. BSG 10.06.2010, [B 2 U 4/10 B](#), SozR 4-1920 § 43 Nr 1 mwN; LSG Baden-Württemberg 26.01.2009, [L 10 R 5795/08 W-B](#)).

Rechtskraft

Aus

Login

BWB

Saved

2016-03-03