

## L 11 R 363/15

Land  
Baden-Württemberg  
Sozialgericht  
LSG Baden-Württemberg  
Sachgebiet  
Rentenversicherung  
Abteilung  
11  
1. Instanz  
SG Freiburg (BWB)  
Aktenzeichen  
S 6 R 6036/11  
Datum  
02.12.2014  
2. Instanz  
LSG Baden-Württemberg  
Aktenzeichen  
L 11 R 363/15  
Datum  
21.06.2016  
3. Instanz  
Bundessozialgericht  
Aktenzeichen

-  
Datum

-  
Kategorie  
Urteil

Auf die Berufung der Beklagten wird das Urteil des Sozialgerichts Freiburg vom 02.12.2014 aufgehoben und die Klage abgewiesen.

Die Klägerin trägt die Kosten des Verfahrens in beiden Rechtszügen mit Ausnahme der außergerichtlichen Kosten der Beigeladenen.

Der Streitwert für das Berufungsverfahren wird auf 36.241,27 EUR festgesetzt.

Tatbestand:

Die Klägerin wendet sich gegen die Nachforderung von Sozialversicherungsbeiträgen für die Beigeladenen zu 1) bis 3) in Höhe von 36.241,27 EUR, betreffend den Zeitraum 01.05.2006 bis 31.08.2008.

Die Klägerin ist eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH) mit Sitz in R. In den Jahren 2006 bis 2008 war Gegenstand des Unternehmens ua die Durchführung von Transporten jeglicher Art sowie Erdbewegungsarbeiten. In der fraglichen Zeit besaß die Klägerin etwa acht bis neun Lastkraftwagen (Lkw) und hatte sechs festangestellte Lkw-Fahrer. Wenn Lieferaufträge durch eigenes Personal nicht mehr bewältigt werden konnten, wurden andere Fahrer, ua die Beigeladenen zu 1) bis 3), als "Fremdfirmen" (so die schriftliche Erklärung des Geschäftsführers der Klägerin, die als Anlage dem Protokoll über die Hauptverhandlung vor dem Amtsgericht L. am 20.10.2010 beigelegt ist) beauftragt. Gegen den Geschäftsführer der Klägerin wurde vor dem Amtsgericht L. ein Strafverfahren wegen Vorenthalten und Veruntreuen von Arbeitsentgelt geführt (30 Ds 95 Js 3534/09), das mit einem Freispruch endete (Urteil des Amtsgerichts L. vom 20.10.2010).

Der Beigeladene zu 1) war ab Anfang 2000 als Subunternehmer für die Klägerin tätig. Er war mit einem Gewerbe als selbständiger Kraftfahrer angemeldet und arbeitete im Übrigen in Vollzeit bei der Firma E. Industrie. Der Beigeladene zu 2) war ab 2005 als Subunternehmer für die Klägerin tätig und hatte seit 1989 ein Gewerbe angemeldet. Der Beigeladene zu 3) führte ab 1990 Transporttätigkeiten für die Klägerin durch und hatte ab 1990 ein Gewerbe angemeldet. Die Beigeladenen zu 1) bis 3) haben seit 2011 keine Aufträge mehr von der Klägerin erhalten und sind nicht mehr für sie gefahren.

Im Rahmen einer Geschäftsprüfung durch das Hauptzollamt L. im September 2008 machten die Beigeladenen zu 1) bis 3) auf Fragebögen Angaben zu ihrer Tätigkeit bei der Klägerin. Der Beigeladene zu 1) gab an, in der Vergangenheit geringfügig für die Klägerin gearbeitet zu haben. Er könne aber seit 2008 nicht mehr für mehrere Auftraggeber tätig sein. Er habe ein Büro in seiner Wohnung. Er habe kein eigenes Kapital eingesetzt und beschäftige auch keine Mitarbeiter. Er könne bestimmte Aufträge ablehnen, gestalte die Preise und erbringe die Leistungen ausschließlich im Namen und im Auftrag des Auftraggebers. Er werde pro Auftrag gezahlt und stelle monatlich eine Rechnung. Er habe aus der Tätigkeit einen monatlichen Gewinn von ca. 1.000 EUR. Er benutze einen Lkw der Klägerin und erhalte von dieser Weisungen betreffend seine Tätigkeit. Dieselben Arbeiten führten auch Angestellte aus. Eine Überprüfung erfolge anhand der Tachoscheiben. Er lege die Rechnungen an die Klägerin für 2007 und 2008 und seine Umsatzsteuervoranmeldungen vor (Bl 11 bis 28 der Verwaltungsakte der Beklagten). Auf allen Rechnungen erfolgte die Abrechnung nach Anzahl der geleisteten Arbeitsstunden.

Der Beigeladene zu 2) hatte am 24.04.1989 ein Gewerbe "Transport im gewerblichen Güternahverkehr" angemeldet. Er gab gegenüber dem Hauptzollamt an, seit 2005 für die Klägerin zu arbeiten. Er sei vorher für diese Firma als Arbeitnehmer tätig gewesen, sei aber für mehrere Auftraggeber tätig. Er habe im Jahr 1989 vom damaligen Arbeitsamt finanzielle Unterstützung zur Gründung der Selbständigkeit erhalten. Er habe eigenes Kapital eingesetzt, indem er einen Lkw gekauft habe, unterhalte aber keine eigenen Geschäfts- und Büroräume. Er beschäftige keine Arbeitnehmer, habe die Möglichkeit die Übernahme von Aufträgen abzulehnen, gestalte seine Preise selbst und arbeite

überwiegend für die Klägerin. Die Tätigkeit bei dieser werde mittels eines Stundenlohns ohne Anspruch auf Gratifikationen oder Fortzahlung bei Arbeitsunfähigkeit vergütet. Er habe einen jährlichen Gewinn von ca 25.000 EUR. Er habe keine regelmäßigen Arbeits- und Anwesenheitszeiten einzuhalten und auch seine Abwesenheitszeiten nicht mit der Klägerin abzustimmen, stelle aber bei Arbeitsunfähigkeit auch keine Ersatzkraft, gebe dann auch nicht unerledigte Aufträge an die Klägerin zurück. Bei plötzlicher Verhinderung brauche er die Klägerin nicht zu informieren. Er führe die Aufträge mit einem Lkw der Klägerin aus, der Nachweis der Anwesenheitszeiten werde durch die Tachoscheibe geführt. Seine Tätigkeit werde in einem durch die Klägerin zugewiesenen Gebiet ausgeführt und den Anweisungen der Klägerin müsse er Folge leisten. Er müsse Fahrberichte ausfüllen. Er sei nicht verpflichtet die Arbeiten persönlich auszuführen. Er betreibe keine eigene Werbung und er müsse die Aufträge mit Firmenfahrzeugen der Klägerin durchführen. Der Beigeladene zu 2) legte Rechnungen an die Klägerin und weitere Auftraggeber aus den Jahren 2006 bis 2008 vor (Bl 36 bis 41 der Verwaltungsakte der Beklagten). Auf allen Rechnungen erfolgte die Abrechnung nach Anzahl der geleisteten Arbeitsstunden.

Der Beigeladene zu 3) hatte am 02.04.1990 ein Gewerbe "Landschaftsbau" angemeldet. Er gab an, im Landschaftsbau und als Lkw-Fahrer tätig zu sein und vor der Aufnahme der selbständigen Tätigkeit Arbeitnehmer der Klägerin gewesen zu sein. Er sei überwiegend für diese tätig, könne aber auch für andere Auftraggeber tätig werden. Er habe 1990 eigenes Kapital in Höhe von ca 15.000 DM eingesetzt. Er beschäftigte keine Arbeitnehmer oder Auszubildende, habe die Möglichkeit, die Übernahme von Aufträgen abzulehnen, gestalte seine Preise selbst und rechne auf Stundenbasis ab. Durchschnittlich habe er einen monatlichen Gewinn von 1.400 EUR bis 1.500 EUR und führe Umsatzsteuer ab. Die Anwesenheitszeiten würden durch die Tachoscheiben nachgewiesen. Er könne bei der Klägerin nicht den Arbeitsort frei wählen, bei anderen Auftraggebern sei das jederzeit möglich. Er führe die gleichen Arbeiten wie die festgestellten Arbeitnehmer aus. Berichte müsse er nicht abgeben, er sei aber verpflichtet, die Arbeiten persönlich auszuführen. Die Klägerin gebe ihm auf, ihre Fahrzeuge einzusetzen, die sie ihm zur Verfügung stelle. Der Beigeladene zu 3) legte Rechnungen an die Klägerin und weitere Auftraggeber für die Zeit von 2006 bis 2008 vor (Bl 58 bis 63 der Verwaltungsakte der Beklagten). Auf allen Rechnungen erfolgte die Abrechnung nach Anzahl der geleisteten Arbeitsstunden.

Die Berufsgenossenschaft für Fahrzeughaltungen teilte unter dem 18.02.2009 mit, dass für den Beigeladenen zu 2) eine persönliche Unternehmerpflichtversicherung bestehe, die Beigeladenen zu 1) und 3) seien dort nicht Mitglied.

In der mündlichen Verhandlung vor dem Amtsgericht L. gab der Geschäftsführer der Klägerin an, sechs angestellte LKW-Fahrer zu haben. Seine Frau und eine weitere Kraft seien in Teilzeit im Betrieb tätig und eine weitere Kraft sei geringfügig beschäftigt. Der Betrieb habe acht bis neun LKW. Die Fahrer verdienen 1.400 EUR bis 1.800 EUR netto. Die Aufträge seien spontan und per Telefon vergeben worden. Aufträge seien eigentlich immer kurzfristig. Wenn ein Fahrer ausgefallen sei, habe er oder die Teilzeitkraft eben einen der Beigeladenen anrufen und gefragt, ob er Zeit habe. Vor Ort habe man den Auftrag vergeben. Die Lieferscheine seien auszufüllen gewesen, im Übrigen habe er stichprobenartig die Tachoscheiben kontrolliert. Er habe versucht, die Beigeladenen zu 2) einzustellen, weil er mit seinem LKW Konkurrenz gewesen sei. Er habe das aber nicht gewollt. Der Beigeladene zu 2) habe ca 2003 angefangen für die Klägerin zu fahren, zunächst mit dem eigenen LKW und sporadisch. Später habe man die Geschäftsbeziehung erweitert, der Beigeladene zu 2) habe die Klägerin mit Kies beliefert und habe bei Engpässen auch Baumaschinen überlassen. Es habe 2006 schon mal eine Prüfung wegen Schwarzarbeit stattgefunden, damals seien die Beigeladenen zu 1) bis 3) schon für die Klägerin tätig gewesen und es habe keine Beanstandungen gegeben. Der Beigeladene zu 1) habe bei der Klägerin gearbeitet, als noch sein Vater Geschäftsführer gewesen sei. Zwischenzeitlich sei er auch mal auf 400 EUR Basis beschäftigt gewesen. Die Beigeladenen zu 2) und 3) haben sich im Strafprozess auf ihr Aussageverweigerungsrecht nach [§55 StPO](#) (Strafprozessordnung) berufen.

Mit Urteil vom 20.10.2010 sprach das Amtsgericht L. den Geschäftsführer der Klägerin vom Vorwurf des Vorenthaltens und der Veruntreuung von Arbeitsentgelt frei. Darin stellte es fest, dass die Beigeladenen zu 1) bis 3) in den Transportaufträgen der Klägerin mit wenigen Ausnahmen Fahrzeuge der Klägerin benutzt hätten. In der rechtlichen Würdigung äußerte das Amtsgericht erhebliche Zweifel an einer Scheinselbständigkeit der Beigeladenen zu 1) bis 3) Es hätten sich keine ausreichenden Umstände nachweisen lassen, die für eine abhängige und gegen eine selbständige Tätigkeit sprächen. Jedenfalls aber könne dem Geschäftsführer der Klägerin eine vorsätzliche Begehung nicht nachgewiesen werden, denn es habe nicht nachgewiesen werden könnte, dass er wenigstens billigend in Kauf genommen habe, dass die Beigeladenen zu 1) bis 3) abhängig beschäftigt gewesen seien. Die dagegen eingelegte Berufung nahm die Staatsanwaltschaft zurück.

Die Beklagte befragte nunmehr ihrerseits die Beigeladenen zu 1) bis 3) schriftlich. Der Beigeladene zu 2) gab an, Transportaufträge abzarbeiten, Maschinenarbeiten, Erdarbeiten und andere Dienstleistungen im Bausektor durchzuführen. Er habe in der Zeit von 2006 bis 2008 mehrfach Gerätschaften, dh Baumaschinen und Lkw an- und verkauft. Diese Gerätschaften hätten intensiver zeitaufwändiger Aufarbeitungsarbeiten bedurft. Seine schriftlichen Arbeiten und Büroaufgaben bewältige er selbständig. Er legte seine Einkommensteuerbescheide für die Jahre 2006 bis 2008 vor.

Mit Schreiben vom 29.03.2011 (Bl 120 Verwaltungsakte) hörte die Beklagte die Klägerin dahingehend an, dass sie beabsichtige, Beiträge zur Sozialversicherung in Höhe von 36.241,27 EUR für die Tätigkeit der Beigeladenen zu 1) bis 3) nachzufordern. Dagegen brachte die Klägerin vor, dass ihr Geschäftsführer durch das Amtsgericht freigesprochen worden sei. Das Gericht habe die Aufklärung durch das Hauptzollamt als lückenhaft bezeichnet, weil es zB nicht nachgefragt habe, ob die Beigeladenen zu 2) und 3) vorher bei der Klägerin beschäftigt gewesen seien. Es habe deshalb nicht mit Sicherheit ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis annehmen können. Es fehle nach wie vor an Beweisen für eine abhängige Beschäftigung der Beigeladenen zu 1) bis 3) Insofern gelte im Verfahren bei der Beklagten nichts anderes als beim Strafverfahren. Sie bezog sich auf die Einlassung ihres Geschäftsführers im Strafverfahren.

Mit Bescheid vom 04.07.2011 (Bl 144 ff der Verwaltungsakte) forderte die Beklagte Beiträge zur Sozialversicherung einschließlich Umlagen U 1 und U 2, aber ohne Säumniszuschläge für die Beigeladenen zu 1) bis 3) für den Zeitraum vom 01.05.2006 bis 31.08.2008 in Höhe von insgesamt 36.241,27 EUR nach; dabei entfiel auf den Beigeladenen zu 1) ein Betrag in Höhe von 6.298,76 EUR, auf den Beigeladenen zu 2) in Höhe von 12.506,11 EUR und den Beigeladenen zu 3) in Höhe von 17.436,40 EUR. Für den Beigeladenen zu 2) wurden Beiträge zur gesetzlichen Krankenversicherung nicht erhoben, weil die Beklagte davon ausging, dass dieser im Garten- und Landschaftsbau hauptberuflich selbständig tätig war. Die Beiträge wurden für jeden Beigeladenen getrennt nach Beschäftigungszeiten festgesetzt. Grundlage für die Festlegung der Beschäftigungszeiten und die Höhe des Arbeitsentgelts, aus dem die Beiträge bemessen wurden, waren die Angaben der Beigeladenen in den von ihnen ausgestellten Rechnungen, wobei der als Mehrwertsteuer ausgewiesene Betrag nicht

berücksichtigt wurde. Die Beklagte ging auch nicht von einer Nettolohnvereinbarung aus und führte keine Hochrechnung auf (fiktive) Bruttolöhne durch. Zur Begründung ihrer Entscheidung führte die Beklagte ua aus, die Beigeladenen zu 1) bis 3) hätten sich lediglich als LKW-Fahrer "vermietet" ohne selbst Fahrzeuge zu besitzen bzw eigene Fahrzeuge einzusetzen. An die Beurteilung des Amtsgerichts sei sie nicht gebunden.

Dagegen wandte sich die Klägerin mit Widerspruch vom 07.07.2011, zu dessen Begründung sie ausführte, dass das Gesamtbild der Tätigkeit der Beigeladenen zu 1) bis 3) für eine selbständige Tätigkeit spreche. Es komme nicht allein auf die "Vermietung" von LKW an. Mit Widerspruchsbescheid vom 06.10.2011 (Bl 176 Verwaltungsakte, abgesandt am 11.10.2011, Bl 184 Verwaltungsakte) wies die Beklagte den Widerspruch zurück. Der Widerspruchsbescheid ging ausweislich des Eingangsstempels am 12.10.2011 beim Prozessbevollmächtigten der Klägerin ein.

Hiergegen hat die Klägerin am 14.11.2011 (Montag) Klage zum Sozialgericht Freiburg (SG) erhoben, zu deren Begründung sie auf ihren Widerspruch Bezug genommen und ihr Vorbringen weiter vertieft hat. Sie führe ihre Transporte hauptsächlich auf Baustellen durch. Insbesondere in der Winterphase laufe der Betrieb witterungsbedingt nur schleppend. Der Fuhrpark liege dann zu einem erheblichen Teil brach. Das Geschäft konzentriere sich insofern im Wesentlichen auf die Frühjahrs- und Sommermonate. In dieser Zeit komme es dann zu einem vermehrten Arbeitsanfall, der durch ihre Angestellten nicht geleistet werden könne. Dann würden kurzfristig die Beigeladenen zu 1) bis 3) angefordert. Da die Lkw zur Verfügung stünden, dürften sie diese für ihre Tätigkeit ausleihen und ihre Tätigkeit unter Ausweisung der Mehrwertsteuer in Rechnung stellen. Sie habe vor allem diese drei angefordert, weil sie über Jahre angesammelte Fachkenntnisse besäßen. Auch die Kunden sowie die Beigeladenen zu 2) und 3) wären ihrerseits gerne für sie gefahren, weil sie so Gelegenheit gehabt hätten, ihrerseits neue Aufträge zu akquirieren.

Dem freisprechenden Urteil des Amtsgerichts L. sei keine hinreichende Bedeutung beigemessen worden. Insbesondere habe das Amtsgericht nicht nur den Vorsatz verneint, sondern auch erhebliche Zweifel am Vorliegen des objektiven Tatbestands geäußert. Nach den vom Bundessozialgericht (BSG) aufgestellten Kriterien spreche mehr gegen als für eine abhängige Beschäftigung. Die Beigeladenen zu 1) bis 3) besäßen eigene Geschäftsräume und ein eigenes Firmenschild, eigenes Briefpapier, eigene Visitenkarten. Sie seien zu keinem Zeitpunkt in der Arbeitskleidung der Klägerin aufgetreten. Abrechnungsbeträge habe die Klägerin nicht vorgegeben. Die Beigeladenen zu 1) bis 3) hätten eigene Umsatzsteuer-Identifikationsnummern. Ob sie über eigenes sozialversicherungspflichtiges Personal verfügten sei ihm unbekannt. Der Beigeladene zu 2) betreibe ein selbständiges Transportgewerbe, der Beigeladene zu 3) eine selbständige Tätigkeit im Garten- und Landschaftsbau. Er sei seit ca 1990 selbständig. Beide seien vor 20 bis 25 Jahren, als der Vater des jetzigen Geschäftsführers die Firma noch geführt habe, zumindest zeitweise beschäftigt gewesen. Nach ihrer, der Klägerin, Kenntnis habe der Beigeladene zu 2) in seinem Bestand kleine LKW, Bagger, Baumaschinen und Transporter. Mitunter habe er der Klägerin diese Maschinen zur Miete überlassen. Er habe außerdem diverse Baufirmen als Kunden. Insofern bestehe sogar eine Konkurrenzsituation zu ihrem Geschäftsbereich. Er sei seit 2003/2004 selbständig. Der Beigeladene zu 1) habe seine Fahrdienste auch anderen Unternehmen im Landkreis zur Verfügung gestellt. Er sei seit ca 2000 selbständig. Es sei zwar zutreffend, dass die reine Fahrtätigkeit der Beigeladenen zu 1) bis 3) derjenigen der angestellten Fahrer entsprochen habe. Sie habe die Aufträge aber so eingeteilt, dass sie den Beigeladenen zu 1) bis 3) Aufträge gegeben habe, die weniger sicher gewesen seien. Da sie selbständig gewesen seien, habe man dann bei Absage des eigenen Auftraggebers diese Aufträge unproblematisch und ohne finanzielles Risiko absagen können. Auch habe sie die Beigeladenen zu 1) bis 3) anders als die angestellten Fahrer in auftragsarmen Zeiten nicht anderweitig - zB mit Wartungsarbeiten an den Fahrzeugen - beschäftigen müssen.

Die Klägerin hat eine Aufstellung über die im Jahr durch die Beigeladenen zu 2) und 3) geleisteten Tage (144 bzw 136 Tage) vorgelegt und darauf hingewiesen, dass das Jahr 251 Arbeitstage gehabt habe.

Die Beklagte ist der Klage entgegengetreten und hat auf den angefochtenen Bescheid Bezug genommen. Im sozialgerichtlichen Verfahren sei eine gegenüber dem Amtsgericht eigenständige Würdigung vorzunehmen. Die Beigeladenen zu 1) bis 3) hätten die Preise mit den Kunden nicht frei aushandeln können. Außerdem sei es möglich, neben einer Tätigkeit im Garten- und Landschaftsbau eine abhängige Beschäftigung als Lkw-Fahrer auszuüben. Für eine abhängige Beschäftigung sei keine Vollzeitstätigkeit notwendig, so dass es nicht gegen eine Beschäftigung spreche, wenn die Beigeladenen zu 2) und 3) an 136 bzw 144 Tage für die Klägerin tätig gewesen seien.

Die Beigeladenen haben keine Anträge gestellt. Der Beigeladene zu 1) hat angegeben, bei der Firma E. im Schichtbetrieb zu arbeiten. Er arbeite sechs Tage und habe dann vier Tage frei. Er habe es dann so gehandhabt, dass er seinen Kunden, zu denen außer der Klägerin noch weitere Firmen wie zB G. und B. zählten, jeweils vorab mitgeteilt habe, wann er Zeit habe. Wer dann zuerst angerufen habe, für den sei er eben gefahren. Der Beigeladene zu 2) hat angegeben, dass er einen eigenen Lkw habe, der allerdings zwischenzeitlich stillgelegt gewesen sei. Dieser Lkw sei allerdings kleiner als diejenigen der Klägerin. Es gebe eben Transportaufträge für kleine und solche für größere Lkw. Er habe bei den Aufträgen für die Firma K. auch weitere Aufträge akquirieren können. Seit 2011 bediene er wieder den Markt für kleinere Lkw, habe aber keine Aufträge der Firma K. mehr gehabt. Die Beigeladenen zu 2) und 3) haben darauf hingewiesen, dass sie nach Beginn ihrer selbständigen Tätigkeit jahrelang nichts von der Klägerin gehört hätten.

Mit Urteil vom 02.12.2014 hat das SG die Bescheide der Beklagten aufgehoben, da diese rechtswidrig seien und die Klägerin in ihren Rechten verletzt. Die Anhaltspunkte, die gegen eine abhängige Beschäftigung der Beigeladenen zu 1) bis 3) bei der Klägerin sprächen, überwögen. Der Beigeladene zu 1) sei seit 2000 nebenberuflich selbständig tätig. Erst einige Jahre nach Beginn seiner selbständigen Tätigkeit habe er begonnen, für die Klägerin zu fahren. Schon wegen des nebenberuflichen Charakters seiner selbständigen Tätigkeit sei er nicht von der Klägerin wirtschaftlich abhängig. Er sei auch nicht in den Betrieb der Klägerin eingegliedert. Er habe mehrere Auftraggeber gehabt, denen er seine Dienste angeboten habe und habe die Aufträge nach dem "Windhundprinzip", nämlich danach angenommen, wer zuerst angerufen habe. Es stelle sich als reiner Zufall dar, dass es im streitigen Zeitraum vor allem die Klägerin gewesen sei, die ihm Aufträge erteilt habe. Der Beigeladene zu 1) habe seine Arbeitszeiten bei E. nicht auf die Bedürfnisse der Klägerin abgestimmt, sondern habe umgekehrt vorab mitgeteilt, wann es ihm passe. Die Beigeladenen zu 2) und 3) seien ebenfalls nicht abhängige Beschäftigte der Klägerin. Ihre selbständige Tätigkeit stelle sich nicht als bloße Fortsetzung der früheren abhängigen Beschäftigung für die Klägerin dar, denn zwischen Abschluss ihrer Beschäftigung und Beginn der Auftragsstätigkeit für die Klägerin habe mehr als ein Jahrzehnt gelegen, in dem beide ausschließlich für andere Auftraggeber tätig waren. Auch nach Ende der Auftragsstätigkeit für die Klägerin im Jahr 2011 seien sie weiterhin selbständig tätig. Die Kammer verkenne nicht, dass insbesondere der Beigeladene zu 2) seine Tätigkeit für andere Auftraggeber in den vorliegend streitigen Jahren fast vollständig eingestellt und sogar seinen eigenen LKW zwischenzeitlich stillgelegt habe. Insofern habe eine

gewisse wirtschaftliche Abhängigkeit zur Klägerin bestanden, da die Beigeladenen zu 2) und 3) ihren Gewinn in den hier streitigen Jahren fast ausschließlich durch die Aufträge bei der Klägerin erwirtschaftet hätten. Sie seien jedoch nach dem Vorbringen der Klägerin nicht in deren Betrieb integriert gewesen. Sie hätten diejenigen Aufträge erhalten, von denen die Klägerin geglaubt habe, dass sie am ehesten kurzfristig wieder storniert würden und seien anders als die angestellten Fahrer der Klägerin nicht mit Wartungs- und Reinigungsarbeiten an den Fahrzeugen betraut gewesen. Die Kammer verkenne nicht, dass der Beigeladene zu 3) eigentlich ein Gewerbe im Landschaftsbau angemeldet habe und wohl seit 2011 auch ausschließlich in diesem Bereich tätig sei und die Aufträge der Klägerin insofern nicht notwendig seiner angemeldeten Tätigkeit entsprochen hätten. Jedoch sei auch die Klägerin ausschließlich im Transport von und zu Baustellen tätig. Dazu gehörten zB auch Erdarbeiten zum anschließenden Landschaftsbau, die der Beigeladene zu 3) sonst selbständig bei seinen Kunden durchführe. Beide Tätigkeiten griffen insofern ineinander und stünden nicht unabhängig nebeneinander. Auch bei den Beigeladenen zu 2) und 3) stellt es sich als vorübergehende Situation dar, dass sie wirtschaftlich in den hier streitigen Jahren zu einem hohen Prozentsatz ihrer Tätigkeit für die Klägerin tätig gewesen seien. Vor und nach dieser Tätigkeit seien sie weiterhin selbständig und hätten auch ihre Gewerbeanmeldung nicht geändert.

Gegen das ihr am 12.01.2015 gegen Empfangsbekanntnis zugestellte Urteil des SG hat die Beklagte am 29.01.2015 Berufung beim Landessozialgericht Baden-Württemberg eingelegt. Zur Begründung hat die Beklagte vorgetragen, die Ausführungen des SG stünden nicht im Einklang mit der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts (BSG) und nähmen eine fehlerhafte Abwägung der Merkmale vor, die für eine selbständige Tätigkeit sprechen sollten. Gerade die Ausführungen zur Bedeutung einer wirtschaftlichen Abhängigkeit seien für die sozialversicherungsrechtliche Beurteilung von Aushilfstätigkeiten unerheblich. Zwar könne die Tätigkeit als Lkw-Fahrer sowohl im Rahmen eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses als auch im Rahmen eines freien Dienstverhältnisses als selbständige Tätigkeit ausgeübt werden. Vorliegend sei jedoch maßgeblich, dass die Beigeladenen zu 1) bis 3) über keine eigenen Fahrzeuge verfügten, sondern von der Klägerin kostenfrei jeweils einen Lkw zur Verfügung gestellt bekommen hätten. Dies spreche entscheidend für eine Eingliederung in den Betrieb der Klägerin. Faktisch hätten die Beigeladenen zu 1) bis 3) ihre Arbeitskraft der Klägerin als Lkw-Aushilfsfahrer angeboten. Neben ihrer Arbeitskraft hätten sie keinen nennenswerten Einsatz an Sachmitteln angeboten. In dem nach dem Vorbringen der Klägerin den Beigeladenen zu 2) und 3) Aufträge angeboten worden seien, die aus Sicht der Klägerin am ehesten hätten storniert werden können, habe die Klägerin die fest angestellten Fahrer bei vermeintlich sicheren Aufträgen einplanen können. Insofern seien die Beigeladenen in die betrieblichen Organisationsstrukturen eingebunden gewesen. Die Vollzeitbeschäftigung des Beigeladenen zu 1) spreche nicht dafür, dass die hier zu beurteilende Nebentätigkeit selbständig wäre. Gerade bei der Ausübung von Nebenbeschäftigungen könne der Zeitraum eines konkreten Einsatzes oftmals nur in Abstimmung mit der weiteren Beschäftigung erfolgen. Grundsätzlich sei ohnehin jede Tätigkeit gesondert zu beurteilen. Ein eigenes unternehmerisches Risiko der Aushilfsfahrer liege nicht vor.

Die Beklagte beantragt,

das Urteil des Sozialgerichts Freiburg vom 02.12.2014 aufzuheben und die Klage abzuweisen.

Die Klägerin beantragt,

die Berufung der Beklagten zurückzuweisen.

Das SG habe in zutreffender Weise die für und gegen eine selbständige Tätigkeit sprechenden Merkmale ermittelt und gewürdigt. Die Beklagte setze dem eine eigene Würdigung entgegen, die aber nicht überzeuge. Die Klägerin habe gegenüber den Beigeladenen zu 1) bis 3) lediglich jene Dinge festgelegt, die zum Kern eines Transportauftrages gehörten, nämlich die Angaben darüber, wo Material aufzunehmen sei und an welcher Stelle das Material auszuliefern sei. Die Fahrtroute, Hausen sowie die Gesamtzeit der Auftragsdauer hätten der Bestimmung durch die Beigeladenen zu 1) bis 3) obliegen. Insofern gebe es keine Anhaltspunkte, die die Tätigkeit von derjenigen eines Selbständigen unterscheiden würden. Es habe den Beigeladenen zu 1) bis 3) freigestanden, einen Auftrag anzunehmen. Sie hätten ihre Tätigkeitszeiten nicht an den Betrieb der Klägerin geltenden Arbeitszeiten oder Pausenzeiten ausgerichtet. Aufträge an die Beigeladenen zu 1) bis 3) seien dann ergangen, wenn wegen Spitzen im Betrieb oder wegen krankheitsbedingter bzw urlaubsbedingter Abwesenheit von angestellten Fahrern die Aufträge hätten ansonsten storniert werden müssen. Jeder Auftrag sei gesondert ergangen, längerfristige Regelungen seien weder besprochen noch vereinbart worden. Die Aufträge seien auf Zuruf erfolgt, wie in der freien Wirtschaft üblich. Arbeitnehmertypische Anweisungen wie Instandhaltung, Reinigung oder Wartung der Fahrzeuge an die Beigeladenen zu 1) bis 3) habe es nicht gegeben.

Die Beigeladenen stellen keine Anträge.

In einem Erörterungstermin am 12.05.2016 hat der Berichterstatter die Sach- und Rechtslage mit den Beteiligten erörtert. Der Geschäftsführer der Klägerin und die Beigeladenen zu 2) und 3) haben weitere Angaben zur Sache gemacht. Wegen der Einzelheiten wird auf die Sitzungsniederschrift Bezug genommen.

Die Beteiligten haben sich mit einer Entscheidung ohne mündliche Verhandlung einverstanden erklärt.

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

Entscheidungsgründe:

Der Senat entscheidet mit Einverständnis der Beteiligten gemäß [§§ 153 Abs 1, 124 Abs 2 SGG](#) ohne mündliche Verhandlung.

Die nach den [§§ 143, 144, 151 Abs 1 SGG](#) form- und fristgerecht eingelegte Berufung der Beklagten ist statthaft, zulässig und begründet. Zu Unrecht hat das SG den Bescheid der Beklagten aufgehoben und der Klage stattgegeben. Der angefochtenen Bescheid der Beklagten vom 04.07.2011 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 06.10.2011 ist rechtmäßig und verletzt die Klägerin nicht in ihren Rechten. Die Beigeladenen zu 1) bis 3) waren im streitgegenständlichen Zeitraum bei der Klägerin abhängig beschäftigt. Hierfür hat die Klägerin die im angefochtenen Bescheid festgesetzten Beiträge an die zuständigen Einzugsstellen zu entrichten.

Der angefochtene Bescheid ist formell rechtmäßig; die erforderliche Anhörung ([§ 24 Sozialgesetzbuch Zehntes Buch - SGB X](#)) ist erfolgt.

Rechtsgrundlage für den streitgegenständlichen Bescheid ist [§ 28p Sozialgesetzbuch Viertes Buch \(SGB IV\)](#). Danach 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. Dies gilt auch in Bezug auf die Nachforderung von Umlagen zum Ausgleich der Arbeitgeberaufwendungen bei Krankheit und Mutterschutz (U 1/U 2) nach dem Aufwendungsausgleichsgesetz, weil Gegenstand der Betriebsprüfung ebenfalls die Umlagen U 1 und U 2 sind sowie die Inso-Umlage (so in Bezug auf die insoweit vergleichbare Rechtslage nach dem Lohnfortzahlungsgesetz BSG 30.10.2002, [B 1 KR 19/01 R](#), SozR 3-2400, § 28p Nr 1). 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.

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. Personen, die gegen Arbeitsentgelt beschäftigt sind, unterliegen in der Kranken-, Pflege-, Renten- und Arbeitslosenversicherung der Versicherungs- bzw Beitragspflicht ([§ 5 Abs 1 Nr 1 SGB V](#), [§ 20 Abs 1 Satz 2 Nr 1 SGB XI](#), [§ 1 Satz 1 Nr 1 SGB VI](#), [§ 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 BSG (vgl etwa Urteile vom 24.01.2007, [B 12 KR 31/06 R](#), SozR 4-2400 § 7 Nr 7; 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).

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 [SozR 3-2400 § 7 Nr 4](#); [SozR 3-4100 § 168 Nr 18](#)). In diesem Sinne gilt, dass die tatsächlichen Verhältnisse den Ausschlag geben, wenn sie von Vereinbarungen abweichen (BSGE [45, 199](#), 200 ff; BSG [SozR 3-2400 § 7 Nr 13](#); BSGE [87, 53](#), 56; 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 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; Senatsurteile vom 06.11.2007, [L 11 KR 2407/04](#); 20.10.2015, [L 11 R 3898/14](#)) als auch im Rahmen eines freien Dienstverhältnisses als selbstständige Tätigkeit (vgl zu Fahrtätigkeiten BSG 27.11.1980, [8a RU 26/80](#), SozSich 1981, 220; LSG Nordrhein-Westfalen 13.09.2007, [L 5 R 5/06](#), juris; B.isches 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 auf die Tätigkeit der Fahrer, der Beigeladenen zu 1) bis 3) für die Klägerin im hier streitigen Zeitraum.

Bei der versicherungsrechtlichen Beurteilung von Fahrtätigkeiten 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. Lkw-Fahrer ohne eigenen Lkw sind deshalb regelmäßig abhängig beschäftigt (Bayerisches LSG 09.05.2012, [L 5 R 23/12](#); Schleswig-Holsteinisches LSG 19.06.2009, [L 3 AL 24/08](#), Hessisches LSG 24.02.2009, [L 1 KR 249/08](#); LSG Baden-Württemberg 21.11.2008, [L 4 KR 4098/06](#); Senatsurteil vom 20.10.2015, [L 11 R 3898/14](#), alle veröffentlicht in juris; ebenso Segebrecht in jurisPK SGB IV, 3. Aufl 2016, § 7 Rn 161 mwN zur Rechtsprechung).

Unter Beachtung dieser Vorschriften und Grundsätze steht zur Überzeugung des Senats fest, dass die Beigeladene zu 1) bis 3) in den von der Beklagten im angefochtenen Bescheid festgestellten Zeiträumen nicht selbständig tätig, sondern bei der Klägerin abhängig beschäftigt waren. Sie setzten im Wesentlichen nur ihre Arbeitskraft und keine Arbeitsmittel mit der ungewissen Aussicht darauf, Einnahmen zu erzielen, ein. Sie boten mithin nicht - wie dies bei einem Unternehmer der Fall ist - neben ihrer Arbeitskraft einen nennenswerten Einsatz an Sachmitteln, sondern nur ihre Arbeitskraft an, wie dies jeder abhängig Beschäftigte tut (vgl hierzu auch LSG Baden-Württemberg 23.01.2004, [L 4 KR 3083/02](#); LSG Baden-Württemberg 21.11.2008, [L 4 KR 4098/06](#), juris). Die Belastung mit Risiken gerade im Zusammenhang mit der - hier im Vordergrund stehenden - Verwertung der Arbeitskraft spricht jedoch 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.

Die Beigeladenen zu 1) bis 3) konnten zwar einen ihnen angebotenen Auftrag annehmen oder ablehnen. Dieser Gesichtspunkt spielt hier jedoch keine ausschlaggebende Rolle. Die Möglichkeit, Aufträge anzunehmen oder abzulehnen, kann als Indiz für das Vorliegen einer selbständigen Tätigkeit angesehen werden, weil damit der Beigeladene zu 1) über den Umfang seiner Tätigkeit selbst bestimmte. Doch sind ebenso im Rahmen abhängiger Beschäftigung Vertragsgestaltungen nicht unüblich, die es weitgehend dem Beschäftigten überlassen, wie er im Anforderungsfall tätig werden will oder ob er eine Anfrage ablehnt (Senatsurteil vom 18.07.2013, [L 11 R 1083/12](#)). In Abruf- oder Aushilfsbeschäftigungsverhältnissen, in denen auf Abruf oder in Vertretungssituationen, beispielsweise bei Erkrankung und Ausfall von Mitarbeitern, lediglich im Bedarfsfall auf bestimmte Kräfte zurückgegriffen wird, kann die Möglichkeit eingeräumt sein, eine Anfrage abzulehnen. Eine derartige Vereinbarung kann auch arbeitsrechtlich zulässig sein. Dabei handelt es sich dann idR nicht um eine Arbeit auf Abruf iSd § 12 Abs 1 Satz 1 des Gesetzes über Teilzeitarbeit und befristete Arbeitsverträge (TzBfG), sondern um auf den jeweiligen Einsatz bezogene Einzelarbeitsverträge (Ein-Tages-Arbeitsverhältnisse). Nach der Rspr des BAG sind die Arbeitsvertragsparteien nicht gezwungen, statt Einzelarbeitsverträgen ein Abrufarbeitsverhältnis nach [§ 12 TzBfG](#) zu begründen. Auch kann der Arbeitnehmer ein Interesse an einer solchen Vertragskonstruktion haben; denn er kann dadurch über seine Zeit frei verfügen und läuft nicht Gefahr, dass seine anderweitigen Dispositionen und Verpflichtungen mit der Verpflichtung zur Arbeitsleistung kollidieren (BAG 16.05.2012, [5 AZR 268/11](#), [BAGE 141, 348](#)). Derartige Einzelarbeitsverträge können auch in Kombination mit einem Rahmenvertrag vereinbart werden.

Im vorliegenden Fall entsprach der Abschluss von Einzelarbeitsverträgen exakt der Interessenlage sowohl der Klägerin als auch der Beigeladenen zu 1) bis 3). Die Klägerin konnte mit der Beauftragung der Beigeladenen zu 1) bis 3) einen Ausfall festangestellter Fahrer kurzfristig kompensieren und Auftragspitzen abfangen ohne in umsatzschwächeren Zeiten (zB im Winter) festangestellte Fahrer beschäftigen bzw bezahlen zu müssen. Die Beigeladenen zu 1) bis 3) konnten mit der Annahme von Fahraufträgen zusätzliches Einkommen erzielen, ohne dadurch ihre Verpflichtungen in anderen Beschäftigungen und Tätigkeiten zu verletzen. Ob Dienstleistungen, die auf diese Weise über einen längeren Zeitraum erbracht werden, zu einem einheitlichen Abrufarbeitsverhältnis führen, bedarf hier keiner Entscheidung. Wird die Anfrage angenommen, so wird die Tätigkeit in persönlicher Abhängigkeit in einem fremden Betrieb und damit im Rahmen einer abhängigen Beschäftigung ausgeübt und stellt die Tätigkeit nicht allein wegen der vorhandenen Ablehnungsmöglichkeiten eine selbständige Tätigkeit dar. Wenn die Beigeladenen zu 1) bis 3) den Auftrag angenommen hatten, mussten sie auftragsgemäß handeln; mit der Annahme eines Auftrags waren sie auch zeitlich und örtlich gebunden. Im Übrigen ist bei der Beurteilung, ob eine Beschäftigung im Sinne von [§ 7 SGB IV](#) vorliegt, unbeachtlich, ob die konkrete Vertragsgestaltung arbeitsrechtlich zulässig ist. Die Möglichkeit, Aufträge nach freiem Entschluss anzunehmen oder abzulehnen führt daher nicht zwingend zur Annahme einer selbstständigen Tätigkeit.

Auch die vom Geschäftsführer der Klägerin sowie von den Beigeladenen zu 1) bis 3) selbst gemachten Angaben bestätigen eine abhängige Beschäftigung. Der Beigeladene zu 1) hat gegenüber dem Hauptzollamt angegeben, er benutze einen Lkw der Klägerin und erhalte von dieser Weisungen betreffend seine Tätigkeit. Dieselben Arbeiten führten auch Angestellte der Klägerin aus. Es erfolge auch durch die Klägerin eine Überprüfung anhand der Tachoscheiben. Der Beigeladene zu 2) hat gegenüber dem Hauptzollamt ua angegeben, überwiegend für die Klägerin zu arbeiten. Die Tätigkeit werde mittels eines Stundenlohns, allerdings ohne Anspruch auf Fortzahlung bei Arbeitsunfähigkeit, vergütet. Er führe die Aufträge im Lkw der Klägerin aus, der Nachweis der Anwesenheitszeiten werde durch die Tachoscheibe geführt. Seine Tätigkeit werde in einem durch die Klägerin zugewiesenen Gebiet ausgeführt und den Anweisungen der Klägerin müsse er Folge leisten. Er müsse Fahrberichte ausfüllen. Der Beigeladene zu 3) hat angegeben, vor der Aufnahme der selbständigen Tätigkeit bereits einmal Arbeitnehmer der Klägerin gewesen zu sein. Seine Arbeitszeiten weise er der Klägerin durch die Tachoscheiben nach. Er könne bei der Klägerin nicht den Arbeitsort frei wählen, bei anderen Auftraggebern sei das jederzeit möglich. Er führe die gleichen Arbeiten wie die festangestellten Arbeitnehmer der Klägerin aus. Berichte müsse er zwar nicht abgeben, er sei aber verpflichtet, die Arbeiten persönlich auszuführen. Die Klägerin gebe ihm auf, ihre Fahrzeuge einzusetzen, die sie ihm zur Verfügung stelle.

Auch nach der Schilderung des Geschäftsführers der Klägerin haben entscheidende Merkmale für eine abhängige Beschäftigung vorgelegen. Die Klägerin hat vorgebracht, ihr Geschäft konzentriere sich im Wesentlichen auf die Frühjahrs- und Sommermonate. In dieser Zeit komme es dann zu einem vermehrten Arbeitsanfall, der durch ihre Angestellten nicht geleistet werden könne. Dann würden kurzfristig die Beigeladenen zu 1) bis 3) als Aushilfsfahrer zusätzlich angefordert. Diese setzten keine eigenen Fahrzeuge ein, sondern würden kostenfrei die Lkw für ihre Tätigkeit "ausleihen". Die Klägerin habe gegenüber den Beigeladenen zu 1) bis 3) diejenigen Dinge festgelegt, die zum Kern eines Transportauftrages gehörten, nämlich die Angaben darüber, wo Material aufzunehmen sei und an welcher Stelle das Material auszuliefern sei. Damit steht zur Überzeugung des Senats fest, dass eine Einbindung in den Betrieb vorgelegen hat und die Erteilung der maßgeblichen Weisungen durch die Klägerin erfolgt ist. Dass innerhalb dieses vorgegebenen Rahmens die jeweilige Ausgestaltung wie Fahrtroute und Pausen den Beigeladenen zu 1) bis 3) obliegen ist, ändert nichts an der vorliegenden Eingliederung in den Betrieb der Klägerin. Diese "Freiheiten" haben auch angestellte Fahrer.

Die 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 hier nicht entscheidend 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.

Die vom SG aus seiner Sicht bestehende und in den Vordergrund gestellte fehlende wirtschaftliche Abhängigkeit der Beigeladenen zu 1) bis 3) von der Klägerin wegen anderweitiger Tätigkeiten führt nach Auffassung des Senats nicht zu einer anderen Beurteilung. Bei einer Mehrheit von Tätigkeiten ist jede Tätigkeit in statusrechtlicher Hinsicht gesondert zu würdigen (allgemeines Gebot isolierter sozialversicherungsrechtlicher Betrachtung, vgl BSG 04.11.2009, [B 12 R 7/08 R](#), SozR 4-2600 § 2 Nr 13). Ein hauptberuflich Selbständiger kann daneben als abhängig Beschäftigter eine Nebentätigkeit ausüben. Für das Vorliegen einer unständigen Beschäftigung (vgl BSG 20.03.2013, [B 12 R 13/10 R](#), SozR 4-2400 § 7 Nr 19) ist nichts ersichtlich.

Die erhobenen Beiträge sind auch nicht ganz oder teilweise verjährt.

Nach [§ 25 Abs 1 Satz 1 SGB IV](#) verjähren Ansprüche auf Beiträge in vier Jahren nach Ablauf des Kalenderjahres, in dem sie fällig geworden sind. Hingegen verjähren solche Ansprüche erst in 30 Jahren ([§ 25 Abs 1 Satz 2 SGB IV](#)), wenn die Beiträge vorsätzlich vorenthalten worden sind. Der Begriff "vorsätzlich" schließt den bedingten Vorsatz ein (BSG [SozR 3-2400 § 25 Nr 7](#) S 35 mwN). Hierfür ist ausreichend, dass der Beitragsschuldner seine Beitragspflicht nur für möglich gehalten, die Nichtabführung der Beiträge aber billigend in Kauf genommen hat (BSG [SozR 3-2400 § 25 Nr 7](#) S 35). Die 30-jährige Verjährungsfrist ist auch anzuwenden, wenn ein anfänglich gutgläubiger Beitragsschuldner vor Ablauf der kurzen Verjährungsfrist bösgläubig geworden ist (BSG, aaO, S 34). Davon kann angesichts der vom Hauptzollamt im Jahre 2009 durchgeführten Ermittlungen und der gegen den Geschäftsführer der Klägerin im April 2020 erhobenen Anlage (Anklageschrift der Staatsanwaltschaft vom 27.04.2010) ohne Weiteres ausgegangen werden. Dabei kommt es bei der Klägerin als einer juristische Person des Privatrechts auf die Kenntnis des Geschäftsführers an.

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

Die Festsetzung des Streitwerts beruht auf [§ 197a Abs 1 SGG](#) iVm [§§ 1 Abs 2 Nr 3, 47 Abs 1 S 1 und Abs 2, 52 Abs 3 1, 63 Abs 2 Satz 1](#) Gerichtskostengesetz (GKG). In Verfahren vor den Gerichten der Verwaltungs-, Finanz- und Sozialgerichtsbarkeit ist, soweit nichts anderes bestimmt ist, der Streitwert grundsätzlich nach der sich aus dem Antrag des Klägers für ihn ergebenden Bedeutung der Sache nach Ermessen zu bestimmen. Betrifft der Antrag wie vorliegend eine bezifferte Geldleistung oder einen hierauf gerichteten Verwaltungsakt, ist deren Höhe maßgebend ([§ 52 Abs 3 S 1 GKG](#)).

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

Rechtskraft

Aus

Login

BWB

Saved

2016-06-24