

L 10 R 592/17

Land
Baden-Württemberg
Sozialgericht
LSG Baden-Württemberg
Sachgebiet
Rentenversicherung
Abteilung
10
1. Instanz
SG Karlsruhe (BWB)
Aktenzeichen
S 7 R 3334/15
Datum
23.01.2017
2. Instanz
LSG Baden-Württemberg
Aktenzeichen
L 10 R 592/17
Datum
29.06.2017
3. Instanz
Bundessozialgericht
Aktenzeichen
-

Datum
-

Kategorie

Urteil

Leitsätze

Der Rentenversicherungsträger kann sich im Rahmen der Prüfung beim Arbeitgeber nach [§ 28p SGB IV](#) allein auf die im Rahmen der Bekämpfung der Schwarzarbeit und illegalen Beschäftigung gewonnenen Ermittlungsergebnisse der Zollverwaltung stützen. Das Unterlassen einer eigenen Betriebsprüfung beim Arbeitgeber führt als solches nicht zur Rechtswidrigkeit des Bescheides (Abgrenzung zu Bayerisches LSG, Beschluss vom 21.10.2013, L 5 R 605/12 B ER, in juris; wie hier Sächsisches LSG, Urteil vom 22.04.2016, [L 1 KR 228/11](#), in juris).

Die Berufung der Klägerin gegen das Urteil des Sozialgerichts Karlsruhe vom 23.01.2017 wird zurückgewiesen. Die Klägerin trägt auch die Kosten des Berufungsverfahrens, mit Ausnahme der außergerichtlichen Kosten der Beigeladenen.

Tatbestand:

Streitig ist die Nachforderung von Beiträgen zur Sozialversicherung für den Zeitraum vom 01.02.2013 bis 30.06.2014 in Bezug auf die Tätigkeit des Beigeladenen zu 1 bei der Klägerin.

Die Klägerin betrieb ab dem Jahre 2006 die Abdichtung von Fugen an Betonfertigteilen, Fenstern, Türen, Glas, an Neu- und Altbauten in Form einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH). Im Januar 2017 wurde die Gesellschaft aufgelöst und einer der beiden früheren Geschäftsführer zum Liquidator bestellt.

Der 1976 geborene Beigeladene zu 1 ist r. Staatsangehöriger und von Beruf Fliesenleger. Als er nach Deutschland kam, sah er wegen seines ausländerrechtlichen Status nur die Möglichkeit der selbständigen Tätigkeit und meldete deshalb im Oktober 2010 ein Gewerbe für Fliesenlege- und Bodenlegearbeiten an. Er schloss eine Berufshaftpflicht- und eine Unfallversicherung ab und er war weiterhin bei der staatlichen Versicherung Rumäniens (vgl. Bl.17 VA) versichert. Im streitigen Zeitraum verfügte er weder über ein Büro noch über sonstige gewerbliche Räumlichkeiten. Werbung betrieb er nicht. An Werkzeugen hatte er eine Fliesenschneidemaschine, eine Flex, eine Bohrmaschine, Verlängerungskabel und Lampe sowie Spachtel- und Fugenmaterial. Durch seinen früheren Freund und Angestellten der Klägerin, S. L. (L), kam er in Kontakt mit der Klägerin. Es erfolgte eine einmonatige Probezeit, nach der der Beigeladene zu 1 dann von Januar 2013 bis Juni 2014 auf den Baustellen der Klägerin vorwiegend zum Fliesen verlegen und Verfugen zu einem von der Klägerin angebotenen Stundenlohn von 15,00 EUR eingesetzt wurde. Ein Urlaubsanspruch oder eine Entgeltfortzahlung bei Krankheit war nicht vereinbart. Weitere Auftraggeber hatte er in diesem Zeitraum nicht. Morgens kam der Beigeladene zu 1 ins Büro der Klägerin, erhielt seinen Plan, wo er arbeiten sollte und führte dies aus. Teilweise fuhr er mit dem Firmenbus der Klägerin zu den Baustellen, teilweise mit seinem Pkw. Er trug eigene Arbeitskleidung. Meistens arbeitete er mit L zusammen. L gab auch vor, wie viele Stunden der Beigeladene zu 1 zu arbeiten hatte und was fertiggestellt werden musste. Der Beigeladene führte die Gleichen Arbeiten durch, wie die Arbeitnehmer der Klägerin, und er arbeitete, ebenso wie die Arbeitnehmer der Klägerin, in der Regel von ca. 6 Uhr bis 16 Uhr. Die Fliesen lieferte üblicherweise die Klägerin auf die Baustelle. Sofern doch Ware zu transportieren war (z.B. bestimmte größere Werkzeuge oder Fliesen), fuhr der Beigeladene zu 1 mit Fahrzeugen der Klägerin, mit seinem Pkw führte er solche Transporte nicht durch. Grundlage der Arbeiten war der entsprechende Bauplan sowie Anweisungen durch L bzw. den Geschäftsführer der Klägerin, der die Arbeiten kontrollierte und entschied, ob Nachbesserungen durchgeführt werden mussten. Wenn er seine Arbeit beendete, musste er L informieren. Sofern der Beigeladene zu 1 - z.B. wegen eines Zahnarztbesuches - verhindert war, teilte er dies der Klägerin mit. Soweit andere Arbeiten als Fliesenlegearbeiten anfielen, führte der Kläger auch diese aus. Die Vergütung wurde anhand von Rechnungen, die den Briefkopf des Beigeladenen zu 1 auswiesen, gezahlt; hinsichtlich der Einzelheiten der Zahlungen wird auf die vom Beigeladenen zu 1 vorgelegten Kontoauszüge (Bl. 39 ff. VA) Bezug genommen. Teilweise wurde für Fliesenverlegen und Verfugen ein Pauschalbetrag, teilweise wurde ein Betrag nach Quadratmeterpreisen und teilweise ein Betrag nach Stunden bei unterschiedlichen Stundenlöhnen ausgewiesen (hinsichtlich der Einzelheiten wird auf die

Rechnungen Bl. 22 ff. VA Bezug genommen). Diese Rechnungen wurden jedoch anhand der vom Beigeladenen zu 1 gemachten Stundenaufzeichnungen von der Klägerin erstellt.

Im Rahmen der Bekämpfung der illegalen Beschäftigung führte das Hauptzollamt K. am 06.02.2014 eine Baustellenkontrolle durch, bei der auch der Beigeladene zu 1 bei seiner Tätigkeit für die Klägerin angetroffen wurde. Im Zuge der weiteren Ermittlungen - später wurde das Strafverfahren gegen die Geschäftsführer der Klägerin nach [§ 170 Abs. 2](#) der Strafprozessordnung eingestellt - wurden vom Hauptzollamt bei der Prüfung von Geschäftsunterlagen bei der Klägerin die erwähnten Rechnungen aufgefunden und der Beigeladene zu 1 vernommen. Auf der Grundlage der erwähnten Rechnungen machte die vom Hauptzollamt zur Schadensberechnung herangezogene Beklagte, die zugleich der für den Beigeladenen zu 1 zuständige Rentenversicherungsträger ist, nach Hinweis an die Klägerin, sie werde auf Grund der Unterlagen des Hauptzollamts eine Arbeitgeberprüfung durchführen, und Anhörung der Klägerin mit Bescheid vom 26.06.2015 eine - jeweils monatlich zugeordnete - Forderung von Beiträgen zur Sozialversicherung (Rentenversicherung, Krankenversicherung, Pflegeversicherung, Beitrag zur Bundesagentur für Arbeit, Umlagebeiträge) mit einer Gesamtsumme für den Prüfungszeitraum vom 01.02.2013 bis 30.06.2014 in Höhe von 14.420,23 EUR geltend. Hinsichtlich der Einzelheiten, auch in Bezug auf die Berechnung und monatsweise Zuordnung, wird auf den Bescheid bzw. dessen Anlagen Bezug genommen. Den Widerspruch wies die Beklagte mit Widerspruchsbescheid vom 11.11.2015 zurück.

Daraufhin hat die Klägerin die bereits im Oktober 2015 beim Sozialgericht Karlsruhe erhobene Untätigkeitsklage am 11.12.2015 auf eine Anfechtungsklage umgestellt. Zur Begründung hat sie auf die erfolgte Einstellung des Strafverfahrens und darauf verwiesen, dass aus ihrer Sicht kein zwingender Schluss auf ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis gezogen werden könne.

Nach Anhörung des Beigeladenen zu 1 hat das Sozialgericht mit Urteil vom 23.01.2017 die Klage abgewiesen. Es hat die Tätigkeit des Beigeladenen zu 1 im Auftrag der Klägerin als abhängige Beschäftigung eingeordnet. Als maßgebende Grundlage hat es - weil schriftliche Verträge nicht vorgelegt worden seien - die Vertragsbeziehungen zwischen der Klägerin und dem Beigeladenen zu 1 im Wesentlichen durch den tatsächlichen Vollzug als gestaltet angesehen. Der Beigeladene zu 1 sei in den Betrieb der Klägerin eingegliedert gewesen und bei seiner Arbeit den Weisungen der Klägerin unterworfen gewesen. So habe er in der Anfangszeit den firmeneigenen Bus der Klägerin genutzt, die gleichen Arbeiten ausgeführt wie andere Mitarbeiter der Klägerin, über seinen eigentlichen Arbeitsauftrag hinaus auch andere Arbeiten auf Baustellen ausgeführt, sofern dort Arbeitsbedarf bestanden habe (z.B. Abdichten in Sanitärräumen), und somit der Klägerin seine gesamte Arbeitskraft wie ein abhängig Beschäftigter zur Verfügung gestellt. Die Eingliederung in den Betrieb der Klägerin ergebe sich auch daraus, dass der Beigeladene zu 1, wenn weitere Materialien zu besorgen gewesen seien, mit dem Firmenbus zum Lieferanten gefahren und die Materialien dort abgeholt habe. Auch sei der Beigeladene zu 1 an die Weisungen der Klägerin gebunden gewesen. Es sei festzustellen, dass der Beigeladene zu 1 einem Kontrollrecht durch die Klägerin und deren Mitarbeiter nicht nur hinsichtlich der durch den Bauplan vorgegebenen Planausführung unterlegen habe, sondern sich die Weisungen auch auf die konkrete und somit fachgerechte Ausführungen der Arbeiten bezogen hätten. Ein wesentliches Unternehmerrisiko des Beigeladenen zu 1 habe nicht vorgelegen. Die vom Beigeladenen zu 1 bei den Arbeiten für die Klägerin eingesetzten eigenen Kleinwerkzeuge stellten angesichts ihres geringeren Wertes kein gewichtiges Indiz für die Annahme eines Unternehmensrisikos dar. Schließlich habe der Beigeladene zu 1 eine Entlohnung nach zeitlichem Arbeitsaufwand erhalten, wobei der Stundenpreis von der Klägerin vorgeschlagen und vom Beigeladenen zu 1 nur angenommen worden sei. Zu einem Aushandeln des Stundenlohnes sei es nicht gekommen, so dass der Beigeladene zu 1 auf die Preisgestaltung keinen Einfluss gehabt habe. Dass der Beigeladene zu 1 auch keine unternehmerische Kalkulation durchgeführt habe, ergebe sich auch aus dem Umstand, dass er sich die Rechnungen von der Klägerin habe erstellen und sich darauf verlassen habe, dass die Klägerin die von ihm angefertigten Stundenaufzeichnungen fehlerfrei umsetze.

Hiergegen hat die Klägerin am 03.02.2017 Berufung eingelegt. Sie rügt bei der Anwendung des Beurteilungsmaßstabes für das Vorliegen einer abhängigen Beschäftigung durch das Sozialgericht einen Verstoß gegen [Artikel 12 des Grundgesetzes \(GG\)](#). Der Gesetzgeber habe es Unternehmen ermöglicht, bei kurzfristigen Engpässen bzw. Arbeitsüberhängen auf dreierlei Art zu reagieren, nämlich durch die Einstellung von eigenem Personal, über eine Zeitarbeitsfirma oder durch den Einsatz von Subunternehmern. Von der letzten Möglichkeit habe die Klägerin Gebrauch gemacht. Die angeführten Argumente könnten vor diesem Hintergrund kein Kriterium sein.

Die Klägerin beantragt,

das Urteil des Sozialgerichts Karlsruhe vom 23.01.2017 und den Bescheid vom 26.06.2015 in Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 11.11.2015 aufzuheben.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie hält die angefochtene Entscheidung für zutreffend.

Die Beigeladenen stellen keinen Antrag.

Zur weiteren Darstellung des Sachverhalts und des Beteiligtenvorbringens wird auf die Prozessakten erster und zweiter Instanz und die vorgelegten Verwaltungsakten Bezug genommen.

Entscheidungsgründe:

Die gemäß den [§§ 143, 144, 151](#) des Sozialgerichtsgesetzes (SGG) zulässige Berufung ist unbegründet.

Das Sozialgericht hat die Klage zu Recht abgewiesen. In Übereinstimmung mit dem Sozialgericht und der Beklagten gelangt auch der Senat zu der Überzeugung, dass der Beigeladene zu 1 im Prüfungszeitraum in Bezug auf die von ihm auf den Baustellen der Klägerin ausgeübten Tätigkeiten abhängig Beschäftigter der Klägerin war.

Die Berufung der Klägerin ist auch nicht deshalb - mangels Parteifähigkeit ([§ 70 Nr. 1 SGG](#)) - unzulässig, weil sich die Klägerin in Liquidation befindet. Denn auch eine GmbH in Liquidation, die - wie die Klägerin - noch nicht vollständig beendet ist, ist weiterhin juristische Person (BSG, Urteil vom 28.07.2008, [B 1 KR 5/08 R](#) in [SozR 4-2500 § 109 Nr. 6](#)).

Rechtsgrundlage der angefochtenen Bescheide ist [§ 28p Abs. 1 Satz 1 und Satz 5](#) des Vierten Buches des Sozialgesetzbuches (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 den Gesamtsozialversicherungsbeiträgen stehen, ordnungsgemäß erfüllen; sie prüfen insbesondere die Richtigkeit der Beitragszahlungen und der Meldungen ([§ 28a SGB IV](#)) mindestens alle vier Jahre (Satz 1). Die Träger der Rentenversicherung erlassen nach Satz 5 dieser Vorschrift im Rahmen der Prüfung Verwaltungsakte (verkörpert im sog. Prüfbescheid, BSG, Urteil vom 16.12.2015, [B 12 R 11/14 R](#) in [SozR 4-2400 § 28p Nr. 6](#)) 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 i.V.m. § 89 Abs. 5](#) Zehntes Buch Sozialgesetzbuch (SGB X) nicht. Mit dem letzten Halbsatz ist klargestellt, dass die Zuständigkeit der Träger der Rentenversicherung unabhängig von den eigentlich nach [§ 28h Abs. 2 Satz 1 SGB IV](#) für solche Feststellungen zuständigen Einzugsstellen besteht.

Der Bescheid vom 26.06.2015 ist nicht schon deshalb als (formell) rechtswidrig zu beurteilen, weil er nicht auf einer - von [§ 28p SGB IV](#) vorausgesetzten - eigenen Betriebsprüfung durch die Beklagte beruht. Vielmehr durfte die Beklagte das Ergebnis der vom Hauptzollamt durchgeführten Prüfungen zu Grunde legen und auf dieser Grundlage die Prüfung nach [§ 28p SGB IV](#) durchführen und durch Verwaltungsakt abschließen.

Die Prüfungen durch das Hauptzollamt beruhten auf [§ 2 Abs. 1 Satz 1](#) des Gesetzes zur Bekämpfung der Schwarzarbeit und illegalen Beschäftigung (Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetz, [BGBl. I 2004, 1842](#)), wonach die Behörden der Zollverwaltung unter anderem prüfen (Nr. 1), ob die sich aus den Dienst- oder Werkleistungen ergebenden Pflichten nach [§ 28a SGB IV](#) erfüllt werden oder wurden. Nach Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 der Regelung werden die Behörden der Zollverwaltung bei den Prüfungen nach Abs. 1 von den Trägern der Rentenversicherung unterstützt. Nach Satz 2 der Bestimmung können die Prüfungen mit anderen Prüfungen der in diesem Absatz genannten Stellen verbunden werden. Im Ergebnis ist die Beklagte somit als für die Prüfung bei den Arbeitgebern zuständige Einrichtung befugt, die von der Hauptzollverwaltung nach [§ 2 Abs. 1 Satz 1](#) des Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetzes durchgeführten Prüfungen mit der eigenen Prüfung nach [§ 28p Abs. 1 Satz 1 und Satz 5 SGB IV](#) zu verbinden, was die Übernahme der Ermittlungsergebnisse der Prüfung nach [§ 2 Abs. 1 Satz 1](#) Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetz beinhaltet.

Ohnehin bestimmt die Beklagte gemäß [§ 20 Abs. 1 Satz 2](#) erster Halbsatz Zehntes Buch Sozialgesetzbuch (SGB X) Art und Umfang der Ermittlungen und nach [§ 21 Abs. 1 Satz 1 SGB X](#) bedient sie sich der Beweismittel, die sie nach pflichtgemäßem Ermessen zur Ermittlung des Sachverhalts für erforderlich hält, wozu sie nach Satz 2 Nr. 1 und 3 der Regelung Auskünfte jeder Art einholen sowie Urkunden und Akten beiziehen kann. Reichen die vom Hauptzollamt ermittelten Umstände, insbesondere die vor Ort eingeholten Auskünfte und beigezogenen Unterlagen zu einer Prüfung nach [§ 28p SGB IV](#) aus, kann sich die Beklagte auf diese Beweismittel beschränken und das Verfahren der Betriebsprüfung gemäß [§ 8 SGB X](#) durch Bescheid abschließen (so auch Sächsisches LSG, Urteil vom 22.04.2016, [L 1 KR 228/11](#), in juris; a.A. Ziegelmeier/Rittweger, Risiken des Arbeitgebers in der Betriebsprüfung, 2016, Rdnr. 38 unter Hinweis auf einen Leitsatz des Bayerischen LSG zum Beschluss vom 21.10.2013, L 5 R 605/12 B ER, in juris). Reichen dem gegenüber die vom Hauptzollamt ermittelten Umstände zu einer (abschließenden) Prüfung nach [§ 28p SGB IV](#) nicht aus, hat die Beklagte nach pflichtgemäßem Ermessen ([§ 20 Abs. 1 Satz 2](#) erster Halbsatz SGB X) die für eine abschließende Prüfung noch fehlenden Umstände zu ermitteln (ebenso Sächsisches LSG, a.a.O. und in diesem Sinne auch Bayerisches LSG, a.a.O.).

Aus [§ 28p SGB IV](#) ergibt sich nichts Gegenteiliges. Insbesondere war die Beklagte nicht verpflichtet, eine eigene Prüfung beim Arbeitgeber durchzuführen. Anders als der Wortlaut des [§ 28p SGB IV](#) (u.a. Abs. 1 Satz 1, Abs. 1a Satz 1: "bei den Arbeitgebern") vordergründig nahelegt, schreibt die Vorschrift keinen zwingenden Ort der Prüfung vor, sondern umschreibt vor allem den Adressaten der Prüfung (vgl. Sehnert in Hauck/Noftz, SGB IV, § 28p Rdnr. 10 unter Hinweis auf [§ 98 Abs. 1 Satz 3 SGB X](#); im Ergebnis wohl ebenso Kreikebohm, SGB IV, 2. Auflage, § 28p Rdnr. 4; Baier in Krauskopf, Soziale Krankenversicherung Pflegeversicherung, [§ 28p SGB IV](#) Rdnr. 21). Die Regelung des [§ 28p Abs. 6a Satz 1 SGB IV](#) bestätigt dies. Danach (i.V.m. [§ 147 Abs. 6 Satz 1](#) und 2 der Abgabenordnung) hat die Beklagte die Möglichkeit, die mit Hilfe einer Datenverarbeitung erstellten Unterlagen einzusehen, sie vom Arbeitgeber auswerten zu lassen und diese Angaben auf einem Datenträger zur Verfügung gestellt zu bekommen, aber auch, diese Daten übermittelt zu erhalten. Damit kann die Beklagte die Prüfung auf die vom Arbeitgeber überlassenen Unterlagen beschränken (ebenso Scheer in jurisPK-SGB IV § 28p Rdnr. 181). Dem entsprechend ist auch eine Beschränkung der Prüfung auf die vom Hauptzollamt sichergestellten Unterlagen zulässig (Scheer, a.a.O.).

Die Bescheide sind auch inhaltlich nicht zu beanstanden.

Nach [§ 2 Abs. 2 Nr. 1 SGB IV](#) sind in den einzelnen Zweigen der Sozialversicherung nach Maßgabe der besonderen Vorschriften für die einzelnen Versicherungszweige unter anderem Personen versicherungspflichtig, die gegen Arbeitsentgelt beschäftigt sind. Entsprechende Regelungen (Versicherungspflicht von Personen, die gegen Arbeitsentgelt beschäftigt sind) finden sich für die Arbeitslosenversicherung in [§ 25 Abs. 1 Satz 1](#) des Dritten Buches des Sozialgesetzbuches - Arbeitsförderung - (SGB III), für die gesetzliche Rentenversicherung in [§ 1 Satz 1 Nr. 1](#) des Sechsten Buches des Sozialgesetzbuches - Gesetzliche Rentenversicherung - (SGB VI), für die Krankenversicherung in [§ 5 Abs. 1 Nr. 1](#) des Fünften Buches des Sozialgesetzbuches - Gesetzliche Krankenversicherung - (SGB V) sowie in [§ 20 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1](#) des Elften Buches des Sozialgesetzbuches - Soziale Pflegeversicherung (SGB XI) als akzessorische Regelung zur gesetzlichen Krankenversicherung (vgl. [§ 20 Abs. 1 Satz 1 SGB XI](#)). Dabei liegt der Beitragsbemessung für den vom Arbeitgeber zu zahlenden Gesamtsozialversicherungsbeitrag gemäß den [§§ 28d, 28e SGB IV](#) das Arbeitsentgelt zu Grunde ([§ 342 SGB III](#), [§ 226 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 SGB V](#), auf die Regelung im SGB V verweisend [§ 57 Abs. 1 SGB XI](#), [§ 162 Nr. 1 SGB VI](#)).

[§ 7 Abs. 1 Satz 1 SGB IV](#) definiert den Begriff der Beschäftigung als nichtselbständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis. Nach Satz 2 der Regelung sind Anhaltspunkte für eine Beschäftigung eine Tätigkeit nach Weisungen und eine Eingliederung in die Arbeitsorganisation des Weisungsgebers.

Nach der ständigen Rechtsprechung des BSG (u.a. Urteil vom 11.11.2015, [B 12 R 2/14 R](#) in [SozR 4-2400 § 7 Nr. 27](#), auch zum

Nachfolgenden; zur Verfassungsmäßigkeit der Abgrenzung zwischen Beschäftigung und selbstständiger Tätigkeit vgl. BVerfG, Beschluss vom 20.05.1996, [1 BvR 21/96](#) in [SozR 3-2400 § 7 Nr. 11](#)) setzt eine Beschäftigung voraus, dass der Arbeitnehmer vom Arbeitgeber persönlich abhängig ist. Bei einer Beschäftigung in einem fremden Betrieb ist dies der Fall, wenn der Beschäftigte in den Betrieb eingegliedert ist und dabei einem Zeit, Dauer, Ort und Art der Ausführung umfassenden Weisungsrecht des Arbeitgebers unterliegt. Diese Weisungsgebundenheit kann eingeschränkt und zur "funktionsgerecht dienenden Teilhabe am Arbeitsprozess" verfeinert sein. Demgegenüber ist eine selbstständige Tätigkeit vornehmlich durch das eigene Unternehmerrisiko, das Vorhandensein einer eigenen Betriebsstätte, die Verfügungsmöglichkeit über die eigene Arbeitskraft und die im Wesentlichen frei gestaltete Tätigkeit und Arbeitszeit gekennzeichnet. Ob jemand abhängig beschäftigt oder selbstständig tätig ist, richtet sich, ausgehend von den genannten Umständen, nach dem Gesamtbild der Tätigkeit und hängt davon ab, welche Merkmale überwiegen.

Ob eine wertende Zuordnung zum Typus der Beschäftigung gerechtfertigt ist, 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. Maßgebend sind somit allein die Umstände des hier vorliegenden Einzelfalles.

Nach dem Vortrag der Klägerin wollte sie mit dem Beigeladenen zu 1 einen Subunternehmer einsetzen, also kein abhängiges Beschäftigungsverhältnis zum Beigeladenen zu 1 begründen. Auch der Beigeladene zu 1 sah sich - so jedenfalls seine eingangs der Verwaltungsakten dokumentierten Angaben anlässlich der Baustellenkontrolle - als selbstständiger Fliesenleger. Indessen genügt dies nicht zur Annahme der Vereinbarung selbstständiger Tätigkeit. Maßgebend ist vielmehr, ob die Parteien des Dienstvertrages tatsächlich eine selbstständige Tätigkeit vereinbarten. Dies ist anhand der oben dargestellten, für die Beurteilung im Rahmen der Gesamtabwägung maßgebenden einzelnen Aspekte zu beurteilen. Damit ist aber noch nicht einmal feststellbar, dass die Beteiligten tatsächlich eine selbstständige Tätigkeit des Beigeladenen zu 1 vereinbarten. Denn ein schriftlicher Vertrag lag der Beziehung jedenfalls zu Beginn nicht zu Grunde, wie das Sozialgericht zutreffend ausgeführt hat. Auch für die Folgezeit, für die der Beigeladene zu 1 angegeben hat, etwas unterschrieben zu haben, sind schriftliche Vereinbarungen nicht feststellbar, entsprechende Unterlagen hat weder die Klägerin noch der Beigeladene zu 1 vorgelegt und auch im Rahmen der Ermittlungen des Hauptzollamtes wurde lediglich der in den Verwaltungsakten enthaltene Werkvertrag (Bl. 19 ff. VA) gefunden. Dessen Authentizität bestätigte der Beigeladene zu 1 allerdings nicht. Er führte vielmehr - auch insoweit von der Klägerin unwidersprochen - aus, er habe dieses Schriftstück noch nie gesehen und auch nicht unterschrieben (Bl. 13 VA). Der Senat teilt daher auch die Auffassung des Sozialgerichts, dass den Beziehungen der Beteiligten lediglich eine mündliche Abrede zu Grunde lag, wonach der Beigeladene zu 1 auf den Baustellen der Klägerin zu einem Stundenlohn von 15,00 EUR arbeiten sollte. Weitere konkrete mündliche Abreden der Vertragsparteien sind nicht feststellbar. Die ihrem Verhältnis zu Grunde liegenden weiteren Bedingungen ergeben sich durch die festgestellte tatsächliche Gestaltung der Verhältnisse. Eine vereinbarte Selbstständigkeit des Beigeladenen zu 1 ist hieraus - wie sogleich darzulegen ist - nicht abzuleiten.

Entgegen der Auffassung der Klägerin käme dem - hier ohnehin nicht feststellbaren - übereinstimmenden Willen der Beteiligten, kein sozialversicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis zu wollen, ohnehin keine allein maßgebliche Bedeutung zu. Einem solchen Willen kommt lediglich dann indizielle Bedeutung zu, wenn dieser dem festgestellten sonstigen tatsächlichen Verhältnis nicht offensichtlich widerspricht und er durch weitere Aspekte gestützt wird (BSG, Urteil vom 18.11.2015, B 12 RK 16/13 R in [SozR 4-2400 § 7 Nr. 25](#)). Nur im Zweifel, wenn ebenso viele Gründe für die Selbstständigkeit wie für eine abhängige Beschäftigung sprechen, ist dem im Vertrag zum Ausdruck gekommenen Willen der Vorrang zu geben (BSG, Urteil vom 13.07.1978, [12 RK 14/78](#) in [SozR 2200 § 1227 Nr. 17](#)). Gerade ein solches "Patt" der für oder gegen die abhängige Beschäftigung sprechenden Aspekte liegt vorliegend jedoch nicht vor. Vielmehr überwiegen die für eine abhängige Beschäftigung sprechenden Umstände. Der alleinige Wille der Klägerin, keinen sozialversicherungspflichtigen Auftragnehmer zu beauftragen, ist ohne rechtliche Relevanz.

Die im Tatbestand getroffenen Feststellungen zu den tatsächlichen Umständen der Tätigkeit des Beigeladenen zu 1 für die Klägerin stehen zur Überzeugung des Senats auf Grund der Angaben des Beigeladenen zu 1 in seiner Vernehmung durch das Hauptzollamt und in seiner Anhörung durch das Sozialgericht fest. Zweifel am Wahrheitsgehalt dieser Angaben hat der Senat - ebenso wenig wie das Sozialgericht und die Beklagte - nicht. Auch die Klägerin hat die Richtigkeit dieser Angaben nicht in Zweifel gezogen.

Unter Abwägung aller rechtlichen und tatsächlichen Umstände gelangt der Senat damit in Übereinstimmung mit dem Sozialgericht und der Beklagten zu dem Ergebnis, dass der Beigeladene zu 1 bei seinen hier in Rede stehenden Arbeitseinsätzen Beschäftigter der Klägerin war. Das Sozialgericht hat auf der Grundlage eben jener Angaben des Beigeladenen zu 1 anlässlich seiner Vernehmung durch das Hauptzollamt und seiner gerichtlichen Anhörung zutreffend dargelegt, dass der Beigeladene zu 1 in den Betrieb der Klägerin eingegliedert war, den Weisungen der Klägerin unterlag und kein relevantes eigenes unternehmerisches Risiko trug. Der Senat sieht daher von einer weiteren Darstellung der Entscheidungsgründe ab und weist die Berufung der Klägerin nach [§ 153 Abs. 2 SGG](#) aus den Gründen der angefochtenen Entscheidung zurück.

Ergänzend ist auszuführen, dass zwar eine Rechnungsstellung des Auftragnehmers an den Auftraggeber und eine Vergütung nach Pauschalen ein Aspekt für die Annahme einer selbstständigen Tätigkeit sein kann, dass dies im vorliegenden Fall indessen nicht der Fall ist. Denn zum einen lag den in den Rechnungen aufgeführten Pauschalen allein die geleistete und durch die vom Beigeladenen zu 1 erstellten Stundennachweisen nachgewiesene Stundenzahl und der vereinbarte Stundenlohn von 15,00 EUR zu Grunde, so dass die Abrechnung tatsächlich nach Stunden erfolgte. Zum anderen stellte der Beigeladene zu 1 diese Rechnungen an die Klägerin gar nicht. Vielmehr wurden die Rechnungen anhand der Stundennachweise von der Klägerin selbst erstellt. Im Grunde erfolgte somit durch die Rechnungen nichts anderes als die bei abhängig Beschäftigten vom Arbeitgeber vorgenommene Lohnabrechnung, allerdings unter Vermeidung des Abzugs von Steuern und Sozialversicherungsbeiträgen. Dass die Klägerin bei der Erstellung dieser Rechnungen andere Abrechnungsmodalitäten dokumentierte (Pauschalen, Quadratmeterpreise), ändert an der tatsächlichen Berechnung der Vergütung ebenso wenig etwas, wie die Ausweisung anderer Stundensätze. Denn tatsächlich vereinbart war durch die mündliche Abrede ein Stundenlohn von 15,00 EUR. Sollte die Klägerin hiervon einseitig durch die tatsächliche Rechnungsstellung abgewichen sein, würde dies keine einvernehmliche Änderung der mündlichen Vereinbarung darstellen, sondern einen Verstoß hiergegen. Der Umstand, dass der Beigeladene zu 1 diese Rechnungsstellung im Hinblick auf das Ergebnis nicht überprüfte, stellt keine Zustimmung zu einer Änderung der mündlichen Vereinbarung dar.

Insgesamt lassen sich nur wenige, für eine Selbstständigkeit sprechende Umstände ausmachen. Mit Ausnahme der angeführten Kleingeräte,

des Fugen- und Spachtelmaterials und seiner Arbeitskleidung verfügte der Beigeladene zu 1 über keinerlei Betriebsmittel. Selbst seinen Pkw setzte der Beigeladene zu 1 allenfalls insoweit zur Verrichtung seiner Tätigkeit bei der Klägerin ein, als er teilweise sein eigenes Material transportierte, aber auch insoweit bediente er sich teilweise der Fahrzeuge der Klägerin. Sonstiges Material (größere Werkzeuge, Baumaterial, wie Fliesen und dergleichen) transportierte der Beigeladene zu 1 mit seinem Fahrzeug gerade nicht, sondern mit dem Fahrzeug der Klägerin. In Bezug auf die eingesetzten Arbeitsmittel hat das Sozialgericht zutreffend - und unwidersprochen - darauf hingewiesen, dass diese angesichts ihres (nicht besonders hohen) Wertes kein maßgebendes Unternehmerrisiko begründen. Ergänzend ist auszuführen, dass sich selbst der vom Sozialgericht angenommene Einsatz der eigenen Arbeitsmittel - unabhängig von ihrem Wert - dadurch noch weiter relativiert, als nach der Rechtsprechung des BSG (u.a. Urteil vom 13.07.1978, [12 RK 14/78](#) in SozR 2200 § 1227 Nr. 17) diesem Unternehmerrisiko eine größere Selbstständigkeit (größere Freiheiten in der Gestaltung und Bestimmung des Umfangs beim Einsatz der eigenen Arbeitskraft) oder höhere Verdienstchancen gegenüberstehen müssen. Die Belastung eines Erwerbstätigen, der im Übrigen nach der tatsächlichen Gestaltung des gegenseitigen Rechtsverhältnisses als Arbeitnehmer einzustufen ist, mit zusätzlichen Risiken, vermag keinen Hinweis auf die selbstständige Tätigkeit zu begründen (BSG, a.a.O.). Größere Freiheiten beim Arbeitseinsatz oder höhere Verdienstchancen aber hatte der Beigeladene zu 1 bei seiner Tätigkeit für die Klägerin nicht.

Nicht feststellbar ist, ob und welche Vereinbarung die Beteiligten für den Fall einer Verhinderung des Beigeladenen zu 1 trafen. Insoweit gab der Beigeladene zu 1 lediglich an, einmal wegen eines Zahnarztbesuches verhindert gewesen zu sein und dies lediglich der Klägerin mitgeteilt zu haben. Daraus ist jedenfalls zu schließen, dass der Beigeladene zu 1 nicht für eine Vertretung zu sorgen hatte und er seine Arbeitsleistung persönlich erbrachte. Dies spricht nicht für eine selbstständige Tätigkeit.

Der Umstand, dass der Beigeladene zu 1 ein (selbstständiges) Gewerbe angemeldet hatte, spricht für sich genommen nicht für eine selbstständige Tätigkeit bei der Klägerin. Denn auch ein Selbstständiger kann Arbeitseinsätze als abhängig Beschäftigter erbringen und die hier in Rede stehenden Tätigkeiten (Fliesen verlegen, Verfugen und dergleichen) können sowohl im Rahmen einer Beschäftigung als auch im Rahmen eines freien Dienstverhältnisses ausgeübt werden. Entsprechend setzt die Anmeldung eines Gewerbes zwar eine selbstständige Tätigkeit voraus, begründet aber im Einzelfall eine solche nicht (ebenso LSG Baden-Württemberg, Beschluss vom 19.07.2012, [L 11 R 1789/12 ER-B](#), in juris).

Schließlich ist auch ohne Bedeutung für die hier zu treffende Entscheidung, ob der Beigeladene zu 1 wegen seines ausländerrechtlichen Status tatsächlich auf eine selbstständige Tätigkeit beschränkt war und als Beschäftigter hätte nicht tätig werden dürfen. Zwar sieht [§ 284](#) Drittes Buch Sozialgesetzbuch (SGB III) in bestimmten, dort geregelten Fällen eine Genehmigung der Bundesagentur für die Beschäftigung von EU-Ausländern vor. Indessen führt dies schon deshalb nicht zur Unwirksamkeit des jeweiligen, der Beschäftigung zu Grunde liegenden Vertragsverhältnisses, weil sich der Genehmigungsvorbehalt nur auf die Beschäftigung, nicht aber auf das vertragliche Verhältnis bezieht, so dass kein Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot mit der Folge der Nichtigkeit des Vertrages ([§ 134](#) des Bürgerlichen Gesetzbuches) vorliegt (vgl. BAG, Urteil vom 13.01.1977, [2 AZR 423/75](#), in juris). Im Übrigen wäre zur Annahme von Versicherungspflicht ohnehin kein gültiger Vertrag erforderlich, weil das tatsächliche Vorhandensein eines Beschäftigungsverhältnisses ausreicht (BSG, Urteil vom 07.09.1961, [5 RKn 11/60](#) in SozR Nr. 25 zu § 165 RVO). Der Genehmigungsvorbehalt steht auch der Annahme eines Beschäftigungsverhältnisses nicht entgegen. Denn der Verstoß gegen die Genehmigungspflicht des [§ 284 SGB III](#) ist vom Gesetzgeber (lediglich) als Ordnungswidrigkeit eingestuft ([§ 404 SGB III](#)) und wiegt daher nicht so schwer, dass dies der Entstehung eines Beschäftigungsverhältnisses entgegensteht (vgl. BSG, Urteil vom 07.09.1961, [a.a.O.](#)). Im Übrigen wurde das Entgelt bezahlt, was für die Annahme eines entgeltlichen Beschäftigungsverhältnisses und die Beitragserhebung ausreicht (vgl. [§ 14 Abs. 1 Satz 1 SGB IV](#) und u.a. BSG, Urteil vom 07.05.2014, [B 12 R 18/11 R](#) in SozR 4-2400 § 17 Nr. 1).

Insgesamt überwiegen somit die für eine abhängige Beschäftigung sprechenden Aspekte deutlich. Hervorzuheben ist der Umstand, dass der Beigeladene zu 1 morgens im Büro der Klägerin seinen Arbeitseinsatz vorgegeben bekam, er auf der Baustelle den Vorgaben des L, soweit anwesend, was meistens der Fall war, Folge zu leisten hatte, im Übrigen der Kontrolle durch den Geschäftsführer und seinen entsprechenden Entscheidungen (z.B. Verbesserungen vorzunehmen) unterlag, er Stundennachweise zu erbringen hatte, die von der Klägerin der Abrechnung zu Grunde gelegt wurden, er von der Klägerin zur Verfügung gestellte Arbeitsmittel benutzte (Fahrzeug zum Materialtransport) und er - mit einem Stundenlohn von 15,00 EUR - keine über die übliche Vergütung eines angestellten Facharbeiters hinausgehende Gegenleistung erhielt. Selbst der Umstand, dass ihm weder Urlaubsanspruch noch Entgeltfortzahlung gewährt wurden, spricht nicht für eine selbstständige Tätigkeit. Denn der Umstand, dass jemand von seinem Vertragspartner keinen für Beschäftigte typischen sozialen Schutz zur Verfügung gestellt erhält, führt noch nicht zur Annahme eines unternehmerischen Risikos (BSG, Urteil vom 24.03.2016, [B 12 KR 20/14 R](#) in SozR 4-2400 § 7 Nr. 29), weil der Beigeladene zu 1 - wie dargelegt - weder hierzu korrespondierende größere Freiheiten noch höhere Verdienstchancen hatte.

Damit misst der Senat - insoweit in Korrektur der Ausführungen des Sozialgerichts - auch den Vorgaben der Klägerin zu Arbeitsort und Arbeitszeit indizielle Wirkung für eine abhängige Beschäftigung zu. Es trifft zwar zu, dass bei Bauarbeiten der Arbeitsort vorgegeben ist, der Zeitraum der zu verrichtenden Arbeiten sich nach dem Baufortschritt und die täglich mögliche Arbeitszeit nach den Gegebenheiten auf der Baustelle richtet. Dem entsprechend wären diese Umstände dann möglicherweise "neutral" (so das Sozialgericht), wenn für die jeweiligen Arbeitseinsätze jeweils Einzel-Vereinbarungen getroffen worden wären. Hiervon geht der Senat aber gerade nicht aus. Der Beigeladene zu 1 hat hierzu in seiner Anhörung durch das Sozialgericht angegeben, "morgens sind wir ins Büro gekommen ... Dann haben wir einen Plan bekommen, wo wir arbeiten sollten. Dann wurde das ausgeführt. Am nächsten Morgen das Gleiche." Aus diesen Angaben ergibt sich in wünschenswerter Deutlichkeit, dass der Beigeladene zu 1 - wie die übrigen Arbeitnehmer der Klägerin ("wir") - von der Klägerin im laufenden Betrieb auf den Baustellen eingesetzt wurde, ohne dass für den jeweiligen Arbeitseinsatz eine konkrete Vereinbarung getroffen worden wäre. Die von beiden Vertragsparteien (s.o.: mündliche Abrede, für einen Stundenlohn von 15,00 EUR auf den Baustellen zu arbeiten) akzeptierte Befugnis der Klägerin als Auftraggeberin, nach ihren Erfordernissen die Arbeitseinsätze vorzugeben, spricht für eine Beschäftigung. Gleiches gilt für die tägliche Arbeitszeit. Hierzu hat der Beigeladene zu 1 gegenüber dem Sozialgericht angegeben: "Der L hat mir gesagt, wie viele Stunden ich arbeiten muss und was fertig gemacht werden müsse." Im Ergebnis bestand daher ein vom Beigeladenen zu 1 akzeptiertes und von der Klägerin wahrgenommenes Weisungsrecht zu Ort und Zeit sowie - vom Sozialgericht zutreffend dargelegt - Art der zu verrichtenden Tätigkeiten. Schließlich spricht auch die einmonatige Probezeit für eine abhängige Beschäftigung.

Ein Verstoß gegen das Grundrecht der Berufsfreiheit nach [Artikel 12 Abs. 1 GG](#) liegt nicht vor. Der Senat folgt der Argumentation der Klägerin schon im Ansatz nicht. Dabei teilt der Senat die Auffassung der Klägerin, dass es dem jeweiligen Unternehmen freisteht, ob es

Personalbedarf im Rahmen seiner gewerblichen Tätigkeit durch die Einstellung von Mitarbeitern, durch die Inanspruchnahme der Dienste von Zeitarbeitsfirmen oder durch den Einsatz von Subunternehmern deckt. Allerdings hat sich der Unternehmer dann - bei seiner Berufsausübung, die gemäß [Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG](#) durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes geregelt werden kann, wozu auch die Regelungen über das Vorliegen einer sozialversicherungspflichtigen Beschäftigung gehören - an die entsprechenden rechtlichen - gesetzlichen - Vorgaben für die Qualifizierung dieser Art von Personaldeckung zu halten. Es stellt daher keinen Verstoß gegen [Artikel 12 Abs. 1 GG](#) dar, wenn der als Subunternehmer deklarierte sich nach den konkreten Umständen tatsächlich als beschäftigt erweist.

Fehler in der Berechnung der Nachforderung der Gesamtsozialversicherungsbeiträge sind weder vorgetragen noch ersichtlich.

Die Kostenentscheidung beruht auf [§ 197 a SGG](#) in Verbindung mit [§ 154 Abs. 2](#), [§ 162 Abs. 3](#) der Verwaltungsgerichtsordnung.

Gründe für die Zulassung der Revision liegen nicht vor.

Rechtskraft

Aus

Login

BWB

Saved

2017-07-07