

L 13 R 127/17

Land

Baden-Württemberg

Sozialgericht

LSG Baden-Württemberg

Sachgebiet

Rentenversicherung

Abteilung

13

1. Instanz

SG Stuttgart (BWB)

Aktenzeichen

S 17 R 5280/13

Datum

15.11.2016

2. Instanz

LSG Baden-Württemberg

Aktenzeichen

L 13 R 127/17

Datum

21.06.2018

3. Instanz

Bundessozialgericht

Aktenzeichen

-

Datum

-

Kategorie

Beschluss

Leitsätze

Zum sozialversicherungspflichtigen Status einer Bedienung und Küchenhilfe in einem Spielcasino (hier: abhängig beschäftigt).

Die Berufung der Klägerin gegen das Urteil des Sozialgerichts Stuttgart vom 15. November 2016 wird zurückgewiesen.

Die Klägerin trägt die Kosten des Berufungsverfahrens mit Ausnahme der außergerichtlichen Kosten der Beigeladenen.

Der Streitwert für das Berufungsverfahren wird auf 3.129,64 EUR festgesetzt.

Gründe:

I.

Zwischen den Beteiligten ist der sozialversicherungsrechtliche Status der Beigeladenen zu 1., der im 1984 geborenen E. M. (im Folgenden: M), in ihrer vom 24. Februar 2011 bis 21. Juni 2011 bei der Klägerin ausgeübten Tätigkeit als Bedienung und Küchenhilfe streitig sowie die Nacherhebung von Sozialversicherungsbeiträgen in Höhe von 3.129,64 EUR.

Die Klägerin betrieb im streitigen Zeitraum ein Spielcasino ("C. D. L.") in B ... Am 24. Februar 2011 meldete die ungarische Staatsangehörige M ein Gewerbe für "Dienstleistungen im Gastronomiebereich (Bedienung und Küchenhilfe)" an. Sie stellte der Klägerin, adressiert an "C. D. L.", unter dem Betriebsnamen "Dienstleistungsservice-M." und unter Angabe einer Steuernummer erbrachte Leistungen im Gastronomieservice jeweils am Monatsende wie folgt in Rechnung: für Februar 2011 75 EUR, für März 500 EUR, für April 500 EUR, für Mai 672 EUR und für Juni 924 EUR. In einer an "V. S. GmbH" adressierten Rechnung stellte M für Gastronomieservice im Monat März 2011 weitere 350 EUR in Rechnung. Hierbei legte sie jeweils einen Stundenlohn von 7 EUR zu Grunde. Zum 21. Juni 2011 meldete M ihr Gewerbe wieder ab.

Am 21. Juni 2011 nahm das Hauptzollamt Stuttgart eine Prüfung nach den Vorschriften des Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetzes im Casinobetrieb der Klägerin auf. Mitarbeiter des Casinos gaben gegenüber den ermittelnden Beamten an, die in den Dienstplänen eingetragene M sei selbstständig und führe die gleichen Arbeiten im Service und am Tresen aus wie angestellte Mitarbeiter der Klägerin. Im Rahmen der wegen des Verdachts des Vorenthaltens- und Veruntreuens von Arbeitsentgelt (§ 266a Strafgesetzbuch – StGB) gegen die (formelle) Geschäftsführerin der Klägerin sowie den (faktischen) Geschäftsführer – E. V. (im Folgenden: V) – , dem Einzelprokura erteilt war, geführten Ermittlungen wurde am 13. Februar 2012 M durch Beamte des Hauptzollamts H. vernommen. Sie gab an, ihre Tätigkeit habe Bedienung, Geldwechseln, Reinigungsarbeiten und Aschenbecherleeren umfasst. Ihr sei gesagt worden, wenn sie sich selbstständig mache, brauche sie in Deutschland keine Arbeitserlaubnis. Die Betriebszeiten seien Montag bis Samstag von 6:00 Uhr bis 24 Uhr und am Sonntag von 9:00 Uhr bis 24 Uhr gewesen. Sie selbst habe entweder in der Frühschicht von 6:00 Uhr bis 15:00 Uhr oder in der Spätschicht von 15:00 Uhr bis 24 Uhr gearbeitet. Die Arbeitseinteilung habe sie anfangs allein und später mit einer Kollegin zusammen gemacht. Ein türkischer Steuerberater "am Bahnhof in S." habe ihr die Rechnungsstellung gemacht. Anfangs habe ein Kollege vom Chef ihr ihre Arbeit gezeigt und sie habe von da an allein gearbeitet. Im Fall von Urlaub hätte sie sich mit einer Kollegin absprechen können, denn dem Chef sei egal gewesen, wer gearbeitet habe. Die 7 EUR pro Stunde seien ihr "vom Chef" vorgegeben worden. Im Mai habe sie eine Arbeitserlaubnis erhalten und der Chef habe ihr vorgeschlagen, ihr Gewerbe abzumelden, damit sie "keine Probleme bei den Prüfungen habe". Ab Juli sei sie als normale Arbeiterin eingestellt worden. Ab diesem Zeitpunkt sei die Arbeit gleichgeblieben, sie habe aber ab Juli 2011 dann 9 EUR pro Stunde verdient. In den Monaten von Februar 2011 bis Juni 2011 habe der Chef immer vorgeschrieben, wie viel Geld sie in ihre Abrechnung schreiben dürfe. Sie habe zur Arbeit weder eigenes Wechselgeld noch Geldbeutel oder eigene Arbeitskleidung mitgebracht.

Mit Anhörungsschreiben vom 21. Dezember 2012 teilte die Beklagte der Klägerin mit, es sei beabsichtigt, einen Bescheid über das Vorliegen einer abhängigen Beschäftigung zu erlassen und Nachforderungen zur Sozialversicherung in Höhe von insgesamt 3192,64 EUR zu erheben.

Mit anwaltlichem Schreiben vom 14. Januar 2013 wies die Klägerin darauf hin, M sei nicht in den Arbeitsablauf der Klägerin eingegliedert gewesen sondern habe die Zeiten ihrer Tätigkeit selbst festgelegt. M habe angegeben, für verschiedene Auftraggeber tätig zu sein und sie hätte jederzeit Aufträge der Klägerin ablehnen können. Außerdem habe M die von ihr vereinnahmten Beträge selbst versteuert.

Mit Bescheid vom 18. Februar 2013 stellte die Beklagte fest, im Prüfzeitraum vom 24. Februar 2011 bis 21. Juni 2011 habe ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis zwischen M und der Klägerin vorgelegen. Die Beklagte erhob Nachforderungen zur Sozialversicherung in Höhe von insgesamt 3192,64 EUR. In dieser Nachforderung waren Säumniszuschläge i.H.v. 513,50 EUR enthalten.

Zur Begründung des hiergegen am 13. März 2013 eingelegten Widerspruchs wurde vorgetragen, die Klägerin habe die Rechnungsbeträge und den Stundenlohn nicht eigenmächtig festgesetzt. M sei nicht weisungsgebunden gewesen. Sie habe die Zeiten ihrer Tätigkeit gänzlich frei einteilen und Aufträge ablehnen können. M sei lediglich für die beauftragten Tätigkeiten im Betrieb gewesen, was kein Kriterium für eine Eingliederung sei. "Buchhalterische und sämtliche Verwaltungsaufgaben" habe M nicht im Betrieb der Klägerin getätigt. M habe einen nicht näher spezifizierten Kapitaleinsatz von 200 EUR erbracht. Der vorliegend erfolgte Verzicht auf Urlaub und Lohnfortzahlung im Krankheitsfall wäre im Fall eines Arbeitsverhältnisses rechtlich gar nicht möglich gewesen. Zudem sei die Berechnung der Beträge fehlerhaft und ein Anspruch auf Säumniszuschläge bestehe nicht.

Die Beklagte wies den Widerspruch mit Widerspruchsbescheid vom 13. August 2013 zurück. Der niedrige Stundenlohn von 7 EUR entspreche keinem typischerweise erfolgsabhängigen Unternehmerlohn und sei laut Vernehmungsniederschrift vom 12. März 2012 von V vorgegeben worden. Durch die im Schichtplan festgelegten Einsatztermine seien M feste Arbeitszeiten und ein fester Einsatzort in den Geschäftsräumen der Klägerin vorgegeben gewesen. M habe im Fragebogen zur Beurteilung der Sozialversicherungspflicht am 28. Juli 2011 angegeben, die Ablehnung bestimmter Aufträge sei ihr nicht möglich gewesen. Sie habe untergeordnete Arbeiten ausgeführt und sei nach außen als Mitarbeiterin der Klägerin erschienen. M habe kein Unternehmerrisiko getragen. Die Tatsache, dass keine Lohnfortzahlung im Krankheitsfall vereinbart worden sei, schließe die Annahme einer abhängigen Beschäftigung nicht aus. Die Gewerbeanmeldung sei lediglich ein formales Indiz. Nach der Regelung des [§ 14 Abs. 2](#) Viertes Buch Sozialgesetzbuch (SGB IV) sei bei einer – wie hier vorliegenden – illegalen Beschäftigung generell von einer Nettolohnvereinbarung auszugehen, so dass es in diesem Fall keiner besonderen Absprache zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer bedürfe. M habe das Gewerbe nur angemeldet, um in Deutschland arbeiten zu können. Nach Erhalt einer Arbeitserlaubnis habe V ihr geraten, das Gewerbe zur Vermeidung von Problemen bei Prüfungen zu vermeiden. Säumniszuschläge seien nach [§ 24 Abs. 2 SGB IV](#) hier zu erheben, da V zumindest bedingt vorsätzlich die Beiträge nicht gezahlt habe. Insbesondere habe die Klägerin die Möglichkeit, den Status von M durch die Einzugsstelle bzw. die Clearingstelle der Beklagten rechtsverbindlich klären zu lassen, nicht wahrgenommen. Nach Angaben anderer Angestellter habe M faktisch die identischen Tätigkeiten wie fest angestellte Arbeitnehmer verrichtet. Die Nichtabführung von Sozialversicherungsbeiträgen sei seitens der Klägerin billigend in Kauf genommen worden. Eine unverschuldete Nichtkenntnis könne deshalb nicht angenommen werden.

Hiergegen hat die Klägerin am 16. September 2013 Klage beim Sozialgericht Stuttgart (SG) erhoben ([S 17 R 5280/13](#)) zu deren Begründung sie im Wesentlichen ihr bisheriges Vorbringen wiederholt hat. Ergänzend hat sie noch drauf hingewiesen, die fest angestellten Mitarbeiter hätten im Gegensatz zu M keine weiteren Auftraggeber und auch kein variierendes Gehalt sowie keine Gewerbeanmeldung gehabt. Die Angestellten hätten – anders als M – keine Möglichkeit gehabt, Tätigkeiten abzulehnen. Mangels Arbeitserlaubnis wäre eine Festanstellung der M zu einem früheren Zeitpunkt gar nicht möglich gewesen. Die Klägerin habe auch bei Vorliegen einer etwaigen Sozialversicherungspflicht somit nicht grob fahrlässig gehandelt, so dass keine Säumniszuschläge zu entrichten seien.

Die Beklagte hat auf den Strafbefehl des Amtsgerichts Leonberg vom 23. September 2013 (Cs 183 Js 102640/11/Ru) hingewiesen, mit dem gegen V wegen fünf (jeweils aufgrund bis zum drittletzten Bankarbeitstag des Beschäftigungsmonats neu gefassten Tatentschlusses begangener) Vergehen des Vorenthaltens und Veruntreuens von Arbeitsentgelt eine Gesamtgeldstrafe i.H.v. 90 Tagessätzen zu je 200 EUR festgesetzt wurde.

Das SG hat M (Beschluss vom 22. September 2014) sowie die A. Baden-Württemberg, die A. Baden-Württemberg – Pflegekasse – und die BA. (Beschluss vom 18. April 2016) zum Klageverfahren beigegeben und in der mündlichen Verhandlung am 15. November 2016 M persönlich angehört. M hat angegeben, sie sei auf Arbeitssuche gewesen und habe "einen jugoslawischen Mann" getroffen der ihr zur Selbstständigkeit geraten habe, dann könne sie "legal arbeiten". Ein anderer Mann habe ihr gesagt, er sei Steuerberater und er habe dann die Rechnungen für sie geschrieben. Ihre Angaben gegenüber dem Hauptzollamt H. vom 13. Februar 2012, V habe vorgegeben, wie viel sie in ihrer Abrechnung schreiben dürfe, seien richtig. Zu der an die Firma "V. S. GmbH" adressierten Rechnung hat M angegeben, V habe ihr gesagt, dass sie Rechnungen an zwei Firmen stellen müsse, weil alle Selbstständigen das so machen müssten. Die Frage, ob sie auch andere Auftraggeber gehabt habe, hat M verneint.

Das SG hat die Klage mit Urteil vom 15. November 2016 abgewiesen. In Zusammenschau aller Gesichtspunkte sprächen mehr Einzelaspekte für eine abhängige Tätigkeit der M. Vorliegend sei kein schriftlicher Vertrag geschlossen worden, was bei der Beauftragung eines selbstständigen Unternehmers und bei Abschluss eines Dienst- oder Werkvertrages wegen der Anforderungen an die steuerlichen Pflichten, Haftungsfragen, Vergütungsregeln u.ä. jedoch üblich sei. Arbeitszeit und Arbeitsort seien vorgegeben gewesen und M sei unzweifelhaft in den Betrieb der Klägerin eingebunden und zeitlich und örtlich gebunden gewesen. Ob M außerhalb der Betriebsräume "Buchhaltungs- und Verwaltungsaufgaben" verrichtet habe, sei nicht feststellbar. Festzustellen sei, dass M sämtliche Aufgaben einer Bedienung (Geld wechseln, Aschenbecher leeren, Getränke ausgeben, Kasse zählen, Spülmaschine ausräumen, Automaten auffüllen) verrichtet habe. M sei weisungsgebunden gewesen und habe feste Arbeitszeiten mit Früh- und Spätschicht gehabt. Sie habe insbesondere entsprechend dem vorgegebenen Dienstplan pünktlich zum Schichtbeginn erscheinen müssen. Die Frage, ob der Dienstplan mit oder ohne Absprache mit M erstellt worden sei, sei nicht mehr aufklärbar jedoch letztlich nicht von ausschlaggebender Bedeutung. Denn selbst wenn M einzelne Aufträge habe annehmen oder ablehnen können, führe dies allein nicht zur Annahme einer selbstständigen Tätigkeit. M sei auch nicht für andere Auftraggeber tätig geworden, sondern habe im streitgegenständlichen Zeitraum nur im "C. D. L." gearbeitet. Sie habe den im Monat März 2011 verdienten Geldbetrag auf Anraten von V aufgeteilt und auf zwei Rechnungen geschrieben, obwohl sie tatsächlich im Betrieb "V. S. GmbH" nicht gearbeitet habe. Ihre Tätigkeit habe sich inhaltlich nicht von der Arbeit der angestellten Servicekräfte unterschieden. Auch

im Vergleich zu ihrer Festanstellung ab dem 22. Juni 2011 habe sich ihre Tätigkeit nicht geändert. Ein Stundenlohn von 7 EUR sei für einen selbständigen Unternehmer nicht tragbar, da eine existenzsichernde Lebensführung nur schwer möglich sei. Ab der Festanstellung sei die Vergütung sogar um 2 EUR gestiegen. M habe kein unternehmerisches Risiko sondern lediglich das für Beschäftigte typische Risiko des Entgeltausfalls getragen. Sie habe in der mündlichen Verhandlung gegenüber dem SG bestätigt, dass sie keinerlei Kapital oder Betriebsmittel eingesetzt habe. Die von M vorgenommene Buchführung, die laufende Entrichtung von Umsatzsteuer sowie Mehrwertsteuer könne keine selbständige Tätigkeit begründen, da die Träger der Sozialversicherung nicht an die rechtliche Beurteilung der Finanzbehörden gebunden seien. Im Übrigen seien diese steuerlichen Aspekte zwingend notwendige Folge, wenn die Vertragspartner kein Arbeitsverhältnis begründen wollten. Die streitige Nachforderung sei auch der Höhe nach nicht zu beanstanden. Insbesondere sei die an die "V. S. GmbH" adressierte Rechnung i.H.v. 350 EUR zu berücksichtigen, da diese Firma die gleiche Betriebsnummer wie die Klägerin habe. Auch die Erhebung der Säumniszuschläge sei rechtmäßig, da keine unverschuldete Nichtkenntnis von der Zahlungspflicht bestanden habe. Die übrigen Servicekräfte der Klägerin seien als Arbeitnehmer fest angestellt gewesen und für sie seien entsprechende Sozialversicherungsbeiträge abgeführt worden. Aufgrund der von M durchgeführten identischen Tätigkeit habe es sich objektiv unzweifelhaft um eine unterschiedliche Beurteilung identischer Sachverhalte gehandelt. Soweit die Klägerin vorgetragen habe, dass sie M aufgrund der fehlenden Arbeitserlaubnis nicht habe als Arbeitnehmerin einstellen können, sei darauf hinzuweisen, dass eine fehlende Arbeitserlaubnis nicht mit einer unzulässigen selbständigen Tätigkeit umgangen werden könne.

Gegen das ihr am 12. Dezember 2016 zugestellte Urteil des SG richtet sich die am 12. Januar 2017 eingelegte Berufung der Klägerin, zu deren Begründung sie vorträgt, Werk- und Dienstverträge würden mindestens ebenso oft mündlich wie schriftlich abgeschlossen, während gerade abhängige Beschäftigungen üblicherweise schriftlich niedergelegt würden. M sei auch nicht an bestimmte Arbeitszeiten gemäß einem Schichtplan gebunden gewesen, sondern habe frei entscheiden können, ob sie einzelne Aufträge annehme oder nicht. Die Eintragungen in den Dienstplan seien immer erst dann erfolgt, wenn M einzelne Aufträge zugesagt habe. Mangels Bindung an vorgegebene Arbeitszeiten sei M also auch nicht weisungsgebunden gewesen. Das nach Auffassung des SG "finanziell nicht tragbare" Stundenhonorar spreche gerade nicht für eine abhängige Beschäftigung. M habe selbst angegeben, sich als Servicekraft bei mehreren Auftraggebern beworben zu haben. Die Klägerin sei davon ausgegangen, dass M nicht von dem von ihr bezahlten Honorar abhängig gewesen sei, sondern mehrere Auftraggeber gehabt habe. M habe einen Steuerberater beschäftigt, der für sie Rechnungen geschrieben habe. Dies spreche für eine selbständige Tätigkeit. Auch selbständige Dienstleistungen würden entgegen der Unterstellung des SG weitaus häufiger rein zeitabhängig honoriert als ergebnis- oder umsatzorientiert. M habe ihre Dienstleistung auch nicht höchstpersönlich erbringen müssen. Hilfsweise werde geltend gemacht, dass jedenfalls keine Säumniszuschläge zu zahlen seien.

Die Klägerin beantragt,

das Urteil des Sozialgerichts Stuttgart vom 15. November 2016 aufzuheben und unter Aufhebung des Bescheids vom 18. Februar 2013 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 13. August 2013 festzustellen, dass die Tätigkeit der Beigeladenen zu 1. bei ihr in der Zeit vom 24. Februar 2011 bis 21. Juni 2011 nicht der Versicherungspflicht in der gesetzlichen Kranken-, Pflege- und Rentenversicherung sowie nach dem Recht der Arbeitsförderung unterlegen hat.

Die Beklagte beantragt,

die Klage abzuweisen.

Sie hält das angefochtene Urteil des SG für zutreffend. Das Fehlen eines schriftlichen Vertrages spreche eher für eine abhängige Beschäftigung, der üblicherweise bei der Beauftragung selbstständiger Unternehmer wegen der Anforderungen an die steuerlichen Pflichten, die Haftungsfragen, die Vergütungsregelung den geschuldeten Umfang der Tätigkeiten sowie zu Beweis Zwecken genau und schriftliche Vereinbarungen getroffen würden. Nach der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts (BSG) sei jeweils auf die Verhältnisse abzustellen, die nach Annahme des einzelnen Auftragsangebotes während dessen Durchführung bestünden. Vorliegend sei M nach Annahme einzelner Aufträge weisungsgebunden und in den Betrieb der Klägerin eingegliedert gewesen, denn sie habe nach anfänglicher Einarbeitung ohne Einsatz eigener Arbeitsmittel im festen Schichtbetrieb in den Betriebsräumen der Klägerin gearbeitet. Bei dem niedrigen Stundenlohn von 7 EUR bzw. 9 EUR sei die Finanzierung einer Kranken- und Pflegeversicherung sowie Altersvorsorge ebenso unmöglich wie die Bildung von Rücklagen für Zeiten der Nichtbeschäftigung wie etwa Urlaub. Die Klägerin könne auch nicht darauf abstellen, dass sich M bei anderen Auftraggebern beworben habe, da sie für andere Auftraggeber gar nicht tätig geworden sei. Die Rechnungsstellung sei nur eine formale Äußerlichkeit der Entgeltzahlung und für die Einstufung nicht ausschlaggebend. Dies gelte ebenso für die vorliegende Gewerbeanmeldung und die bei Scheinselbstständigkeit typische Vorenthaltung der gesetzlichen Arbeitnehmerschutzrechte. Auch die Vereinbarung eines Stundenlohns spreche hier für eine abhängige Beschäftigung, da diese nicht mit einem Unternehmerrisiko verbunden sei. M habe auch weder eigenes Kapital noch die eigene Arbeitskraft mit der Gefahr des Verlustes eingesetzt. Die Erhebung der Säumniszuschläge sei rechtmäßig.

Mit Senatsverfügung vom 17. Mai 2018 sind die Beteiligten darauf hingewiesen worden, dass die Absicht bestehe, über die Berufung ohne mündliche Verhandlung durch Beschluss gemäß [§ 153 Abs. 4 Sozialgerichtsgesetz \(SGG\)](#) zu entscheiden. Die gesetzlichen Voraussetzungen für eine Entscheidung gemäß [§ 153 Abs. 4 SGG](#) sind dargelegt worden.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sachverhalts wird auf die Verwaltungsakten der Beklagten sowie die Prozessakten beider Instanzen Bezug genommen.

II.

Der Senat entscheidet über die nach den [§§ 143, 144, 151 SGG](#) zulässige Berufung der Klägerin gemäß [§ 153 Abs. 4 SGG](#) durch Beschluss, weil er die Berufung einstimmig für unbegründet und eine mündliche Verhandlung nicht für erforderlich hält, nachdem die Beteiligten Gelegenheit hatten, sich hierzu zu äußern.

Die Berufung der Klägerin ist nicht begründet. Das SG hat die Klage zu Recht abgewiesen. Der Bescheid vom 18. Februar 2013 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 13. August 2013 ist rechtmäßig und verletzt die Klägerin nicht in ihren Rechten. Die Beklagte hat zu Recht

festgestellt, dass M ihre Tätigkeit im Gastronomieservice bei der Klägerin in der Zeit vom 24. Februar 2011 bis 21. Juni 2011 im Rahmen eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses ausgeübt und in diesem Beschäftigungsverhältnis der Versicherungspflicht in der gesetzlichen Kranken-, Pflege und Rentenversicherung sowie nach dem Recht der Arbeitsförderung unterlegen hat. Die Nachforderung der Sozialversicherungsbeiträge und die Erhebung der Säumniszuschläge sind ebenfalls rechtmäßig.

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

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

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 nicht zur Rechtswidrigkeit des Bescheides (LSG Baden-Württemberg 29.06.2017, [L 10 R 592/17](#), [DStR 2017, 2444](#); Sächsisches LSG 22.04.2016, [L 1 KR 228/11](#)).

Grundlage für die Festsetzung von Säumniszuschlägen ist [§ 24 Abs 2 SGB IV](#). 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).

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 1 Nr 1 SGB XI](#), [§ 1 Satz 1 Nr 1 SGB VI](#), [§ 25 Abs 1 SGB III](#)), es sei denn Versicherungspflicht scheidet aufgrund gesetzlicher Regelungen aus. Beurteilungsmaßstab für das Vorliegen einer abhängigen Beschäftigung ist [§ 7 Abs 1 Satz 1 SGB IV](#). Danach ist Beschäftigung die nicht selbstständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis.

Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundessozialgerichts (BSG 24.01.2007, [B 12 KR 31/06 R](#), [SozR 4-2400 § 7 Nr 7](#), BSG 04.07.2007, [B 11 AL 5/06 R](#), [SozR 4-2400 § 7 Nr 8](#)) setzt eine Beschäftigung voraus, dass der Arbeitnehmer vom Arbeitgeber persönlich abhängig ist. Bei einer Beschäftigung in einem fremden Betrieb ist dies der Fall, wenn der Beschäftigte in den Betrieb eingegliedert ist und dabei einem Zeit, Dauer, Ort und Art der Ausführung umfassenden Weisungsrecht des Arbeitgebers unterliegt. Diese Weisungsgebundenheit kann - vornehmlich bei Diensten höherer Art - eingeschränkt und zur "funktionsgerecht dienenden Teilhabe am Arbeits-prozess" verfeinert sein. Demgegenüber ist eine selbstständige Tätigkeit vornehmlich durch das eigene Unternehmerrisiko, das Vorhandensein einer eigenen Betriebsstätte, die Verfügungsmöglichkeiten über die eigene Arbeitskraft und die im Wesentlichen 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 Arbeitsleistung und hängt davon ab, welche Merkmale überwiegen (ständige Rechtsprechung; vgl zum Ganzen etwa BSG 29.08.2012, [B 12 KR 25/10 R](#), [SozR 4-2400 § 7 Nr 17 mwN](#)).

Ob eine abhängige Beschäftigung vorliegt, ergibt sich aus dem Vertragsverhältnis der Beteiligten, so wie es im Rahmen des rechtlich Zulässigen tatsächlich vollzogen worden ist. Ausgangspunkt ist daher zunächst das Vertragsverhältnis der Beteiligten, so wie es sich aus den von ihnen getroffenen Vereinbarungen ergibt oder sich aus ihrer gelebten Beziehung erschließen lässt. Eine im Widerspruch zur ursprünglich getroffenen Vereinbarung stehende tatsächliche Beziehung und die hieraus gezogene Schlussfolgerung auf die tatsächlich gewollte Natur der Rechtsbeziehung geht der nur formellen Vereinbarung vor, soweit eine - formlose - Abbedingung rechtlich möglich ist. Umgekehrt gilt, dass die Nichtausübung eines Rechts unbeachtlich ist, solange diese Rechtsposition nicht wirksam abbedungen ist. Zu den tatsächlichen Verhältnissen in diesem Sinne gehört daher unabhängig von ihrer Ausübung auch die einem Beteiligten zustehende Rechtsmacht. In diesem Sinne gilt, dass die tatsächlichen Verhältnisse den Ausschlag geben, wenn sie von Vereinbarungen abweichen. Maßgeblich ist die Rechtsbeziehung so, wie sie praktiziert wird und die praktizierte Beziehung so, wie sie rechtlich zulässig ist (ständige Rechtsprechung des BSG seit mindestens 2008, vgl auch hierzu BSG 29.08.2012, [B 12 KR 25/10 R](#), [SozR 4-2400 § 7 Nr 17](#)).

Ausgehend von diesen Maßstäben überwiegen zur Überzeugung des Senats bei Abwägung aller Umstände des Einzelfalls die für eine abhängige Beschäftigung sprechenden Gesichtspunkte. Der Senat schließt sich der nach sorgfältiger Abwägung des Für und Wider gefundenen Auffassung des SG an und weist die Berufung aus den Gründen der angefochtenen Entscheidung zurück ([§ 153 Abs 2 SGG](#)).

Soweit die Klägerin in der Berufungsbegründung nochmals vertieft vorgetragen hat, wird ergänzend zu den Entscheidungsgründen des SG Folgendes ausgeführt:

Soweit die Klägerin der Auffassung ist, Werk- und Dienstverträge würden mindestens ebenso oft mündlich wie schriftlich abgeschlossen, während gerade abhängige Beschäftigungen üblicherweise schriftlich niedergelegt würden, ergeben sich hieraus keine streitentscheidenden neuen Erkenntnisse die eine andere rechtliche Beurteilung rechtfertigen würden. Gleiches gilt für den Hinweis der Klägerin, auch selbstständige Dienstleistungen würden weitaus häufiger rein zeitabhängig honoriert als ergebnis- oder umsatzorientiert. Ausgangspunkt für die Beurteilung ist zunächst das Vertragsverhältnis der Beteiligten, so wie es sich aus den von ihnen getroffenen Vereinbarungen ergibt oder sich aus ihrer gelebten Beziehung erschließen lässt. Dass kein schriftlicher Vertrag über die Tätigkeit der M vorliegt, schließt eine Beschäftigung nicht aus, denn eine solche kann sowohl mündlich vereinbart werden als auch durch faktischen Vollzug entstehen. Entgegen der klägerischen Auffassung spricht vorliegend die nur mündliche Vereinbarung sogar eher für eine abhängige Beschäftigung, denn üblicherweise werden bei der Beauftragung selbstständiger Unternehmer und beim Abschluss eines Werkvertrages wegen der Anforderungen an die steuerlichen Pflichten, die Haftungsfragen, die Vergütungsregeln und den geschuldeten Umfang der Tätigkeiten sowie zu Beweis Zwecken genaue und schriftliche Vereinbarungen getroffen (vgl. Urteil des LSG Stuttgart vom 26. Januar 2016 – [L 11 R 3553/13](#)). Dies haben zutreffend und wiederholt bereits die Beklagte und auch das SG ausführlich dargelegt. Die klägerischen Hinweise im Berufungsverfahren auf die (mutmaßliche) statistische Häufigkeit mündlicher und schriftlicher Vereinbarungen in Werk- und Dienstverträgen einerseits und Arbeitsverhältnissen andererseits sowie der zeitabhängigen bzw. ergebnis- oder umsatzorientierten Abrechnung Selbstständiger sind nicht geeignet, der fehlenden Schriftform und der Abrechnung nach Stunden entscheidende rechtliche Bedeutung zuzumessen. Letztlich bleibt zu prüfen, ob die feststellbaren mündlichen Vereinbarungen sowie die tatsächlich gelebte Rechtsbeziehung wesentliche Merkmale eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses erkennen lassen, was hier nach der zutreffenden Begründung der angefochtenen Entscheidung des SG, auf die der Senat nochmals ausdrücklich Bezug nimmt ([§ 153 Abs. 2 SGG](#)), der Fall ist.

Auch soweit die Klägerin im Berufungsverfahren vorgetragen hat, M sei mangels Bindung an vorgegebene Arbeitszeiten nicht weisungsgebunden gewesen, sondern habe Einfluss auf die Eintragungen in den Dienstplan nehmen können, da diese von ihrer vorherigen Zusage einzelner Aufträge abhängig gewesen seien, rechtfertigt dies keine dem Klagebegehren entsprechende Entscheidung. Unabhängig davon, ob die Zuteilung der Arbeitsschichten rein einseitig von der Klägerin bzw. V aus oder in Absprache mit den Mitarbeitern erfolgt ist, bleibt letztlich relevant, dass die Verteilung und die Dauer der Schichten (Frühschicht 6:00 Uhr bis 15:00 Uhr und Spätschicht von 15:00 Uhr bis 24 Uhr) fest vorgegeben waren. M war sowohl an diese betriebsüblichen Arbeitszeiten der Klägerin gebunden als auch verpflichtet, die Tätigkeit in den Räumlichkeiten der Klägerin zu verrichten und war außerdem arbeitnehmertypisch in die Zusammenarbeit mit anderen (angestellten) Mitarbeitern der Klägerin eingebunden. Nach dem Gesamtbild der hier streitigen Tätigkeit war M daher vollständig in die Betriebsabläufe im Casino eingegliedert (vgl. für den Fall einer an die Einteilung im Dienstplan gebundenen Pflegekraft: Urteil des LSG Berlin-Brandenburg vom 26. April 2018 – [L 1 KR 526/16](#)).

Weiter stützt die Klägerin ihre Berufung darauf, die Höhe des im streitigen Zeitraum an M gezahlten Stundenlohns spreche nicht für eine abhängige Beschäftigung, da die Klägerin davon ausgegangen sei, M habe noch andere Auftraggeber. Auch dieses Vorbringen ist nicht geeignet, Zweifel an der angefochtenen Entscheidung des SG zu begründen: Das BSG hat im Urteil vom 31. März 2017 ([B 12 R 7/15](#)) die Honorarhöhe als Indiz für eine selbstständige Tätigkeit benannt und ausgeführt: "Liegt das vereinbarte Honorar deutlich über dem Arbeitsentgelt eines vergleichbar eingesetzten sozialversicherungspflichtigen Arbeitnehmers () und lässt es dadurch Eigenvorsorge zu, ist dies ein gewichtiges Indiz für eine selbstständige Tätigkeit" (Rn. 50, zitiert nach juris). Auch wenn das BSG im Urteil vom 31. März 2017 nicht näher definiert, wann ein vereinbartes Honorar ein vergleichbares Arbeitsentgelt "deutlich" übersteigt, ist im vorliegenden Fall jedenfalls festzustellen, dass der von M im streitigen Zeitraum in Rechnung gestellte Stundenlohn mit 7 EUR so niedrig war, dass erkennbar eine private Vorsorge zur Abdeckung sozialer Risiken nicht finanziert werden konnte. Das BSG setzt in seiner oben genannten Entscheidung jedoch sogar voraus, dass das vereinbarte Honorar eines selbstständig Tätigen von vornherein höher sein muss als das eines vergleichbar eingesetzten sozialversicherungspflichtigen Arbeitnehmers und dass dieses Übersteigen dann entscheidungsrelevant sein kann, wenn es als "deutlich" zu bewerten ist. In Anwendung dieser Grundsätze der höchstrichterlichen Rechtsprechung ist der niedrige Stundenlohn der M hier also ein gewichtiges Indiz für das Bestehen eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses, da sich ihr Stundenlohn ab 22. Juni 2011 im Rahmen ihrer Festanstellung sogar noch von 7 EUR auf 9 EUR erhöht hat. Ob die Klägerin in der Annahme es bestünden weitere Auftragsverhältnisse der M den geringen Stundenlohn an M gezahlt hat, kann offenbleiben, da M tatsächlich nicht für andere Auftraggeber tätig geworden ist.

Soweit die Klägerin zur Begründung ihrer Berufung darauf abstellt, M habe einen Steuerberater beschäftigt, ist die Relevanz für die hier zu treffende Entscheidung nicht erkennbar. Sowohl selbstständig Tätige als auch angestellte Arbeitnehmer können Steuerberater beauftragen. Da M nach ihren Angaben von verschiedenen Seiten - auch durch die Klägerin bzw. V - angeraten wurde, mangels Arbeitsgenehmigung könne sie (nur) als Selbstständige legal tätig sein, entsprach die von ihr praktizierte Rechnungsstellung dem beabsichtigten Modell einer selbstständigen Tätigkeit. Diese rein subjektive Vorstellung ist jedoch nicht statusbegründend. Der Umstand, dass M die vermeintlich als Selbstständige gestellte Rechnungen durch einen Steuerberater fertigen ließ, ist - unabhängig von dem in diesem Fall äußerst geringen Arbeitsaufwand - nicht relevant.

Dass M ihre Arbeitsleistung nicht höchstpersönlich erbringen müssen, wird von der Klägerin in der Berufungsbegründung zwar behauptet, ist für den Senat jedoch nicht feststellbar. M hat in ihrer Vernehmung am 13. Februar 2012 gegenüber Beamten des Hauptzollamts und in der mündlichen Verhandlung gegenüber dem SG geschildert, sie habe zu den für sie im Dienstplan festgelegten Zeiten ihre Arbeit verrichtet. Die Frage, ob sie hierzu höchstpersönlich gegenüber der Klägerin verpflichtet war, ist vorliegend nicht relevant. Dass M eigene Mitarbeiter zur Erbringung der von ihr geschuldeten Arbeitsleistung eingesetzt hätte, ist weder vorgetragen noch nach Aktenlage erkennbar.

Anhaltspunkte dafür, dass die Höhe der Nachforderung der Sozialversicherungsbeiträge zum Nachteil der Klägerin falsch berechnet worden sein sollte, sind nach Aktenlage nicht erkennbar. Diesbezüglich hat die Klägerin weder im Verwaltungs-, noch im Klage- oder Berufungsverfahren etwas vorgetragen. Weitere Ausführungen erübrigen sich daher. Die Beklagte hat im streitigen Bescheid die Säumniszuschläge zu Recht erhoben. Soweit die Klägerin diesbezüglich im Berufungsverfahren hilfsweise geltend gemacht hat, Säumniszuschläge seien nicht zu zahlen, hat sie dies nicht begründet. Im Schriftsatz vom 2. November 2017 heißt es hierzu lediglich: "Das Sozialgericht stellte insoweit darauf ab, dass "die übrigen Servicekräfte der Klägerin" fest angestellt seien und wegen der identischen

Tätigkeit der Beigeladenen zu 1) eine abweichende Beurteilung nicht gerechtfertigt gewesen sei und deshalb [§ 24 Abs. 2 SGB IV](#) nicht eingreife." Die Klägerin gibt hier auszugsweise die – nach Auffassung des Senats zutreffende und überzeugende – Begründung des erstinstanzlichen Gerichts im Wortlaut wieder, beschränkt sich aber auch hierauf. Inwieweit die Festsetzung der Säumniszuschläge durch die Beklagte rechtswidrig und inwieweit das die angefochtene Verwaltungsentscheidung bestätigende Urteil des SG insoweit fehlerhaft sein sollten, ergibt sich aus dieser Formulierung im klägerischen Schriftsatz nicht. Auch hinsichtlich der festgesetzten Säumniszuschläge hält der Senat nach eigener Überprüfung die Ausführungen im Urteil des SG für zutreffend. Ihnen ist daher nichts hinzuzufügen und der Senat nimmt nochmals ausdrücklich gemäß [§ 153 Abs. 2 SGG](#) Bezug auf die Entscheidungsgründe des SG.

Die Kostenentscheidung beruht auf [§ 197a SGG](#) iVm [§ 154 Abs 1](#) Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO). Die Beigeladenen tragen gemäß [§ 197a Abs 1 Satz 1 SGG](#) iVm [§ 162 Abs 3 VwGO](#) ihre außergerichtlichen Kosten selbst. Der Senat sieht keine Veranlassung, diese Kosten aus Billigkeit dem unterliegenden Beteiligten aufzuerlegen, weil die Beigeladenen keine Anträge gestellt haben (vgl Leitherer in Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer/Schmidt, 12. Aufl 2017, [§ 197a SGG](#), Rn. 29 mwN).

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

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

Rechtskraft

Aus

Login

BWB

Saved

2018-09-05