L 8 R 66/14

Land
Nordrhein-Westfalen
Sozialgericht
LSG Nordrhein-Westfalen
Sachgebiet
Rentenversicherung
Abteilung
8
1. Instanz
SG Düsseldorf (NRW)
Aktenzeichen
S 45 (40) R 213/09
Datum
16.12.2013
2. Instanz
LSG Nordrhein-Westfalen
Aktenzeichen
L 8 R 66/14
Datum
17.02.2016
3. Instanz
Bundessozialgericht
Aktenzeichen
B 12 R 42/16 B
Datum
09.02.2017
Kategorie
Urteil
Die Berufung der Klägerin gegen das Urteil des Sozialgerichts Düsseldorf vom 16.12.2013 wird zurückgewiesen. Die Klägerin trägt die Kosten des Verfahrens in beiden Rechtszügen, mit Ausnahme der Kosten der Beigeladenen, die ihre Kosten selbst tragen. Die Revision wird nicht zugelassen. Der Streitwert wird für das Berufungsverfahren auf 19.432,19 Euro festgesetzt.

Tatbestand:

Die Beteiligten streiten über die Rechtmäßigkeit eines Betriebsprüfungsbescheides der Beklagten.

Die Klägerin, eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH; Amtsgericht [AG] N HRB 000), ist Teil der T Unternehmensgruppe, die neben ihr aus einem Bauplanungsbüro (T GmbH; AG N HRB 001) und einer Bauträgergesellschaft (T Bauträger GmbH; AG N HRB 002) besteht. Gegenstand des klägerischen Unternehmens ist die Ausführung von Rohbauarbeiten im Hochbau sowie alle damit im Zusammenhang stehenden Geschäfte.

Die Klägerin ging im Jahr 2004 eine Vertragsbeziehung mit der AK Bauservice GmbH (im Folgenden: AK; AG Hamburg [HRB 003]) ein. Als Unternehmensgegenstand der AK wurde im Handelsregister die Betreuung und Ausführung von Bauleistungen unter Ausschluss einer Tätigkeit als Baubetreuer nach § 34c Gewerbeordnung (GewO) eingetragen. Geschäftsführende Alleingesellschafterin war die Zeugin B T2 (geschiedene L), eine kaufmännische Angestellte. Am 15.4.2005 erfolgte die Gewerbeabmeldung. Der am 13.3.2006 gestellte Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der AK wurde mangels Masse abgelehnt (AG Dortmund, Beschluss v. 17.10.2006, 259 IN 111/06). Die Gesellschaft wurde im Jahr 2011 wegen Vermögenslosigkeit von Amts wegen gelöscht.

Sowohl die Zeugin T2 als auch ihr damaliger, als faktischer Geschäftsführer im Betrieb tätiger Ehemann, Herr L, beide geständig, wurden wegen Steuerhinterziehung in 17 Fällen zu Gesamtfreiheitsstrafen von einem Jahr bzw. zehn Monaten verurteilt, die jeweils zur Bewährung ausgesetzt wurden (Landgericht [LG] C, Urteile v. 18.6.2007 und 13.8.2007, jeweils 2 [10] Kls 35 Js 000/06). Während die AK, die über keine eigenständige Infrastruktur in personeller und sächlicher Hinsicht verfügte, zum Schein als Bauunternehmen auftrat, verschleierte sie tatsächlich die unternehmerische Tätigkeit Dritter, erhielt - zumeist über die Niederlande - vielfach britische Personen vermittelt, die sie an ihr ebenfalls von dritter Stelle vorgegebene Unternehmen zur Ausführung von Bauleistungen weiterleitete. Die Leistungen rechnete die AK zur Verdeckung gegenüber den Unternehmen als Bauleistungen ab, stellte diese als "Werklöhne" in ihre Buchhaltung ein, während tatsächlich nach Abzug der für die Eheleute L vereinbarten 5%-Beteiligung sowie des Anteils der niederländischen Hintermänner die Beträge "schwarz" an die Beschäftigten ausgezahlt wurden. Diese Auszahlungen wurden wiederum durch fingierte Rechnungen verschiedener Scheinunternehmen abgedeckt.

Die Klägerin und die AK schlossen in dem Zeitraum von Februar bis Mai 2004 insgesamt fünf sog. Nachunternehmerverträge für verschiedene Bauvorhaben, die im Wesentlichen inhaltsgleich waren. Im ersten Nachunternehmervertrag vom 16.2.2004, auf den im Übrigen Bezug genommen wird, heißt es u.a. wie folgt:

"[...] wird folgender Nachunternehmervertrag zur Ausführung der Maurer- und Verblendarbeiten am BV "H" - N geschlossen.

§ 1 Vertragsgrundlagen

1.1. Bestandteile des Auftrages sind in der angegebenen Reihenfolge:

a) die Bestimmungen dieses Nachunternehmervertrages b) Beigefügte EP-Liste, allgemeine Geschäftsbedingungen des NU haben keine Gültigkeit c) die VOB- die Teile B + C

1.2. Die Vertragsgrundlagen gelten in gleicher Weise für alle Auftragserweiterungen und Zusatzaufträge, die im Rahmen der Auftragsabwicklung erteilt werden.

§ 2 Ausführungsunterlagen

2.1. Der NU hat die ihm ausgehändigten Ausführungsunterlagen sofort in allen Punkten zu überprüfen. Angegebene Maße sind mit den örtlichen Baumaßen zu vergleichen. Stellt der NU Unstimmigkeiten fest, so hat er den HU unverzüglich darauf hinzuweisen.

2.2. Der NU hat sich vor Angebotsabgabe über die Lage und Zugänglichkeit der Baustelle, den Zustand des Baus sowie alle für die Durchführung der Arbeiten wichtigen Tatsachen, insbesondere auch über das Vorhandensein und die Lage von Versorgungsleitungen zu unterrichten. Erschwernisse, über die der NU sich vor Angebot hätte unterrichten können, rechtfertigen keine Nachforderung.

§ 3 Ausführung

3.1. Der NU hat für seine Leistungen nur bestes und einwandfreies Material zu verwenden und die Arbeiten durch geschultes und zuverlässiges Fachpersonal, zeichnungs- und ordnungsgemäß nach den anerkannten Regeln und dem letzten Stand der Technik meisterlich auszuführen. [...]

3.4. Der HU stellt, soweit möglich, für Bauwasser und Baustrom Entnahmestellen zur Verfügung. Alle zur Durchführung seiner Arbeiten erforderlichen Leistungen hat der NU nach Abstimmung mit der örtlichen Bauleitung selbst zu erstellen und nach Beendigung seiner Arbeiten wieder zu entfernen. Kosten für die Mitbenutzung von Wasser, Strom und Sanitäreinrichtungen sowie für das einheitliche Bauschild können vom HU umsatzanteilig auf die am Bau beteiligten Firmen umgelegt werden. Der auf den NU entfallende Kostenanteil kann gegen die Schlusszahlung aufgerechnet werden.

3.5. Der NU hat für die Dauer der Arbeiten tägliche Berichte anzufertigen, aus denen sich Personal- und Geräteeinsatz, Fortschritt der Arbeiten und eventuelle Behinderungen, besondere Vorkommnisse, der Abschluss von Vereinbarungen usw. ergeben. Die Berichte sind dem HU jeweils am folgenden Arbeitstag zweifach zu übergeben.

§ 4 Ausführungsfristen

4.1. Folgender Zeitpunkt wird verbindlich für den Beginn der Ausführungsleistungen festgelegt: Beginn ab dem 16.2.2004.

4.3. Spätester Fertigstellungstermin: 12.3.2004. Dieser Termin ist ein Fixtermin, der nur nach Absprache überschritten werden darf.

§ 5 Vertragsstrafe [...]

§ 6 Vergütung

6.1. Einheitspreisvertrag: Die Vergütung richtet sich nach den vertraglichen Einheitspreisen aus der Leistungsbeschreibung / EP-Liste laut Anlage sowie den tatsächlich ausgeführten Leistungen.

6.2. Die vereinbarten Preise sind Festpreise. In den Preisen ist alles inbegriffen, was zur vollständigen, ordnungsgemäßen, funktionsbereiten, termin- und sachgemäßen Ausführung der vertraglich übernommenen Arbeiten notwendig ist.

§ 7 Abrechnung / Aufmaß

7.1. Die Abrechnung erfolgt nach den vom NU zu erstellenden, prüfungsfähigen Abrechnungsunterlagen bzw. nach vereinbarten Pauschalen, Aufmaße sind von der örtlichen Bauleitung des HU gegenzuzeichnen.

7.2. Der NU hat auf Verlangen mit der Schlussrechnung einen Satz Mutterpausen der genauen Bestandsbezeichnungen mit Angabe aller technischen Einzelheiten sowie die erforderlichen Bedienungsanleitungen zu übergeben.

§ 8 Abnahme

8.1. Es findet eine förmliche Abnahme statt. Eine Abnahme durch Ingebrauchnahme ist ausgeschlossen. Die Abnahme ist schriftlich zu beantragen.

8.2. Alle Leistungen und Lieferungen unterliegen der Prüfung, Anerkennung und Abnahme durch den Bauherrn.

§ 9 Gewährleistung

9.1. Macht der Bauherr Gewährleistungsansprüche gegenüber dem HU wegen Mängel an der Bauleistung des NU geltend, so hat der NU den HU hiervon auf erstes Anfordern in vollem Umfang frei zu halten.

9.2. Im Übrigen gilt § 13 VOB.

§ 10 Gerichtsstand

10.1. Gerichtsstand ist, soweit beide Parteien Voll-Kaufleute sind, N."

Neben diesem Vertrag schlossen die Klägerin und die AK jedenfalls noch vier weitere Nachunternehmerverträge, auf deren Inhalt gleichfalls Bezug genommen wird, nämlich:

- Nachunternehmervertrag vom 27.2.2004, Maurer- und Verblendarbeiten, Bauvorhaben T in E, Beginn nach Abstimmung mit der Bauleitung, Fertigstellung am 18.3.2004,
- Nachunternehmervertrag vom 19.3.2004, Verblendarbeiten (Verblendung des Bauteils I Garagentrakt), Bauvorhaben (handschriftlich eingefügt statt A-Straße 00 in L) B, E, Beginn: 19.3.2004, Fertigstellung am 2.4.2004,
- Nachunternehmervertrag vom 19.3.2004, Verblendarbeiten (Verblendung des Bauteils I Garagentrakt), Bauvorhaben A-Straße 00 in L, Beginn: 19.3.2004 "gemäß Absprache mit der Bauleitung", Fertigstellung: 2.4.2004
- Nachunternehmervertrag vom 26.5.2004, Maurer- und Verblendarbeiten, Bauvorhaben X-Straße in N, Beginn- und Fertigstellungstermin "In Abstimmung mit der Bauleitung".

Zu den Nachunternehmerverträgen der Bauvorhaben A-Straße und B/C-Straße wurden durch das Hauptzollamt (HZA) jeweils Einheitspreislisten sichergestellt. Die AK erstellte nach den Ermittlungen des HZA an die Klägerin im Zeitraum 20.2.2004 bis 6.12.2004 diverse Rechnungen unter Bezugnahme auf die jeweiligen Bauvorhaben in Höhe von insgesamt netto 65.341,86 EUR und brutto 105.907, 74 EUR. Auf diese zahlte die Klägerin einen Gesamtbetrag in Höhe von 75.171,59 EUR. Auf die durch das HZA erstellte Rechnungsübersicht wird Bezug genommen.

Im Jahr 2006 bezog das HZA Braunschweig, Finanzkontrolle Schwarzarbeit, im Rahmen der bereits gegen die AK laufenden Ermittlungen auch die Klägerin mit ein. Aufgrund eines Beschlusses des AG C vom 17.7.2006 fand eine Durchsuchung der Geschäftsräume der Klägerin sowie der Wohnung ihres Geschäftsführers statt. Im Folgenden vernahm das HZA schriftlich die Bauleiter der Klägerin, die Zeugen K C (Schreiben v. 11.9.2006) und O T1 (Schreiben v. 18.9.2006), auf deren Angaben Bezug genommen wird. Im Rahmen des gegen den Geschäftsführer der Klägerin alsdann eigeleiteten Ermittlungsverfahrens zog die Staatsanwaltschaft (StA) N u.a. ein Protokoll der Vernehmung der Geschäftsführerin der AK vom 23.11.2005 durch das Finanzamt für Steuerstrafsachen und Steuerfahndung C bei, auf deren Inhalt gleichfalls Bezug genommen wird. Das Ermittlungsverfahren gegen den Geschäftsführer der Klägerin stellte die StA N im September 2007 nach § 170 Abs. 2 Strafprozessordnung (StPO) ein.

Nachdem der Beklagten die Unterlagen des HZA zur Verfügung gestellt worden waren, leitete sie eine Betriebsprüfung bei der Klägerin ein. Mit Schreiben vom 31.10.2008 und 26.1.2009 hörte sie diese für den Prüfzeitraum vom 2.2.2004 bis zum 30.11.2004 zu einer Nachforderung von Sozialversicherungsbeiträgen einschließlich Säumniszuschlägen in Höhe von 29.517,69 EUR an. Es sei im vorliegenden Sachverhalt von einer illegalen Arbeitnehmerüberlassung auszugehen. Die Auswertung der Unterlagen des HZA habe gezeigt, dass die AK lediglich als Deckmantel gedient und eine aus den Niederlanden operierende Tätergruppe sie dazu veranlasst habe. Die AK verfüge über kein eigenes Personal. Der Einsatz des überwiegend aus Großbritannien stammenden Personals werde nicht verantwortlich durch sie gesteuert, sondern durch einen Herrn T von den Niederlanden aus, dessen tatsächliche Identität ungeklärt sei. Die AK sei nicht im Besitz einer gültigen Verleiherlaubnis nach § 1 Arbeitnehmerüberlassungsgesetz (AÜG). Damit seien die Verträge zwischen ihr und den Entleihern nach § 9 Abs. 1 AÜG unwirksam. Es gelte nach § 10 Abs. 1 AÜG ein Arbeitnehmerverhältnis zwischen Entleiher und Leiharbeitnehmer als zustande gekommen. Dieses sei jedoch nicht zur Sozialversicherung angemeldet worden. Die AK befinde sich in der Insolvenz, sodass die fälligen Beiträge von der Klägerin zu tragen seien (§ 28e Abs. 1, 2 Sozialgesetzbuch Viertes Buch [SGB IV]). Da die Nationalität des verliehenen Personal nicht eindeutig zu klären sei, seien ausgehend vom Territorialitätsprinzip (§ 30 Abs. 1 Sozialgesetzbuch Erstes Buch [SGB I]) die Vorschriften über die Versicherungspflicht nach dem Sozialgesetzbuch anzuwenden, § 3 Nr. 1 SGB IV. Eine Ausnahme von diesem Grundsatz liege nicht vor. Da weitere Ermittlungen nicht durchführbar seien, alle relevanten Belege von den Ermittlungsbehörden aufgefunden und gleichwohl eine personenbezogene Zuordnung nicht möglich sei, könne ein Summenbescheid nach § 28f Abs. 2 Satz 1 SGB IV erlassen werden. Die AK habe keine Entgeltunterlagen geführt. Von den Hintermännern seien nur Vornamen bzw. Aliasnamen bekannt. Zudem sei eine Schätzung nach § 28f Abs. 2 Satz 3 SGB IV vorzunehmen.

Sodann setzte die Beklagte mit Betriebsprüfungsbescheid vom 8.12.2008 für den Prüfzeitraum vom 2.2.2004 bis 30.11.2004 eine Nachforderung zur Sozialversicherung in Höhe von 19.432,19 Euro fest. Säumniszuschläge wurden nicht erhoben. Zur Begründung wiederholte und vertiefte sie ihre Argumentation aus den Anhörungsschreiben.

Dagegen erhob die Klägerin am 18.12.2008 Widerspruch. Zudem beantragte sie die Aussetzung der sofortigen Vollziehung. Die AK sei als Subunternehmerin zur Ausführung von Verblend- und Maurerarbeiten im Rahmen von Einheitspreisverträgen beauftragt worden. Eine Abrechnung über Stunden sei nicht erfolgt. Eine illegale Arbeitnehmerüberlassung sei durch das HZA nicht festgestellt worden. Die AK habe zwar der allgemeinen Bauleitung unterstanden. Es seien allerdings nie Weisungen erteilt worden. Die eingesetzten Arbeiter seien nicht bekannt.

Die Beklagte lehnte die Aussetzung der sofortigen Vollziehung mit Schreiben vom 13.2.2009 ab. Daraufhin hat die Klägerin vor dem Sozialgericht (SG) Düsseldorf am 27.2.2009 einen Antrag auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung ihres Widerspruchs gestellt (S 40 R 33/09 ER). Die Klägerin hat dort u.a. darauf verwiesen, dass das Ermittlungsverfahren gegen ihren Geschäftsführer nach § 170 Abs. 2 StPO eingestellt worden sei. Mit Beschluss vom 17.3.2009 hat das SG Düsseldorf die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs angeordnet. Auf Beschwerde der hiesigen Beklagten hat der Senat mit Beschluss vom 27.7.2009 (L 8 R 5/09 R ER, juris) den Beschluss geändert und den Antrag auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung des Widerspruchs abgelehnt. Auf die Gründe wird jeweils Bezug genommen.

Mit Widerspruchsbescheid vom 22.10.2009, abgesandt am 23.10.2009, wies die Beklagte im Anschluss den Widerspruch als unbegründet zurück.

Dagegen hat die Klägerin am 26.11.2009 Klage vor dem SG Düsseldorf erhoben. Sie hat ihren bisherigen Vortrag wiederholt und vertieft.

Die Klägerin hat beantragt,

den Bescheid der Beklagten vom 8.12.2008 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 22.10.2009 aufzuheben.

Die Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Sie hat an ihren Bescheiden festgehalten.

Das SG hat am 28.9.2011 einen Termin zur Erörterung des Sachverhaltes durchgeführt. Auf die Sitzungsniederschrift wird Bezug genommen. Im Anschluss hat es die Akten des Verfahrens 502 JS 00/00 StA N beigezogen. Im Termin zur mündlichen Verhandlung und Beweisaufnahme am 16.12.2013 hat das SG den Zeugen F N uneidlich vernommen. Auf die Sitzungsniederschrift wird Bezug genommen. Sodann hat es mit Urteil vom selben Tag die Klage abgewiesen. Auf die Entscheidungsgründe wird Bezug genommen.

Gegen das der Klägerin am 24.12.2013 zugestellte Urteil hat diese am 23.1.2014 Berufung eingelegt. Sie wiederholt ihr bisheriges Vorbringen und rügt ergänzend, dass bislang nicht in ausreichendem Maße Ermittlungen dahingehend angestellt worden seien, inwieweit die Beschäftigten der AK in den Betrieb der Klägerin eingegliedert gewesen seien.

Die Klägerin beantragt,

das Urteil des Sozialgerichts Düsseldorf vom 16.12.2013 zu ändern und den Bescheid vom 8.12.2008 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 22.10.2009 aufzuheben.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie hält das erstinstanzliche Urteil für zutreffend.

Der Senat hat am 16.7.2014 und 31.3.2015 Termine zur Erörterung und Beweisaufnahme durchgeführt und in diesen den Geschäftsführer der Klägerin angehört sowie uneidlich die Zeugen G H, E X, O T1 und B T2 (gesch. L) vernommen. Auf die jeweiligen Sitzungsniederschriften wird Bezug genommen.

Der Senat hat zudem die Akten der Staatsanwaltschaft (StA N 502 JS 00/00 und StA C 35 Js 000/06), des SG Düsseldorf (S 41 R 2244/11 und S 41 R 1678/10 ER) und die Handakte der Zeugin X sowie einen Handelsregisterauszug der AK beigezogen. Mit Beschlüssen vom 11.8.2014 und 9.2.2016 hat er ferner die zuständigen Sozialversicherungsträger am Verfahren beteiligt. Im Termin zur mündlichen Verhandlung am 17.2.2016 hat er den Zeugen K C uneidlich vernommen. Auf die Sitzungsniederschrift wird Bezug genommen.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf den Inhalt der Gerichtsakte, der Verwaltungsakte der Beklagten sowie auf die beigezogenen weiteren Akten, die jeweils Gegenstand der mündlichen Verhandlung gewesen sind, Bezug genommen.

Entscheidungsgründe:

Der Senat hat in Abwesenheit der Beigeladenen zu 1) bis 5) verhandeln und entscheiden können, da er sie mit ordnungsgemäßen Terminsnachrichten auf diese Möglichkeit hingewiesen hat.

Die Berufung der Klägerin hat keinen Erfolg. Sie ist zwar gemäß §§ 143, 144 Sozialgerichtsgesetz (SGG) statthaft sowie form- und fristgerecht erhoben, § 151 Abs. 1, 3 SGG, da die vollständig abgefasste Entscheidung ihr am 24.12.2013 zugestellt worden und die Berufungsschrift bei dem Landessozialgericht (LSG) Nordrhein-Westfalen am 23.1.2014 eingegangen ist.

Die Berufung der Klägerin hat jedoch in der Sache keinen Erfolg. Das SG hat die Klage zu Recht abgewiesen.

Ermächtigungsgrundlage für den Erlass des angefochtenen Bescheides ist § 28p Abs. 1 Satz 5 SGB IV. Danach erlassen die Träger der Rentenversicherung im Rahmen der Prüfung Verwaltungsakte zur Versicherungspflicht und Beitragshöhe der Arbeitnehmer in der Sozialversicherung gegenüber den Arbeitgebern. Der auf dieser Grundlage erlassene Bescheid vom 8.12.2008 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 22.10.2009 ist rechtmäßig und beschwert die Klägerin daher nicht (§ 54 Abs. 2 Satz 1 SGG).

I. Die Beklagte ist zunächst zu Recht davon ausgegangen, dass die auf den Baustellen der Klägerin im Streitzeitraum eingesetzten, von dieser aber nicht zur Sozialversicherung angemeldeten Arbeitnehmer der Versicherungspflicht in allen Zweigen der Sozialversicherung unterlegen haben.

1. Auf die Beurteilung der Versicherungspflicht findet deutsches Sozialversicherungsrecht Anwendung.

Nach § 3 Nr. 1 SGB IV gelten die Vorschriften über die Versicherungspflicht, soweit sie eine Beschäftigung oder eine selbständige Tätigkeit Voraussetzungen, für alle Personen, die im Geltungsbereich des SGB beschäftigt oder selbständig tätig sind. Sofern es sich bei den Betreffenden um Personen gehandelt haben sollte, die nach Art. 1 Buchst. a) der im vorliegenden Fall noch anwendbaren VO (EWG) Nr. 1408/71 deren Anwendungsbereich unterfallen, gilt nichts anderes. Denn auch in diesem Fall wäre nach Art. 13 Abs. 2 Buchst. a) und b) VO (EWG) Nr. 1408/71 deutsches Recht maßgebend. Eine der in Art. 14 ff. VO (EWG) Nr. 1408/71 geregelten Ausnahmen greift nicht ein. Insbesondere liegen keine den in Art. 11, 11a VO (EWG) Nr. 574/72 geregelten Erfordernissen entsprechenden Entsendebescheinigungen E 101 vor. Zwar sind bei der Durchsuchung durch das HZA Braunschweig für britische Arbeitnehmer derartige Bescheinigungen sichergestellt worden, wonach die Betreffenden durch die britische Firma F Ltd. u.a. an die AK entsandt worden sein. Diese Bescheinigungen waren jedoch gefälscht. Auf Nachfrage des HZA hat der britische Sozialversicherungsträger mit Schreiben vom 28.3.2007 bestätigt, dass dort für die F Ltd.

keine Entsendebescheinigungen ausgestellt worden sind. Die Klägerin ist dieser Beurteilung nicht wirksam entgegengetreten.

2. Nach deutschem Sozialversicherungsrecht unterlagen im Streitzeitraum der Versicherungspflicht in der Kranken-, Pflege-, Renten- und Arbeitslosenversicherung Personen, die gegen Arbeitsentgelt beschäftigt waren [§ 5 Abs. 1 Nr. 1 Sozialgesetzbuch Fünftes Buch (SGB V), § 20 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 Sozialgesetzbuch Elftes Buch (SGB XI), § 1 Satz 1 Nr. 1 Sozialgesetzbuch Sechstes Buch (SGB VI), § 25 Abs. 1 Satz 1 Sozialgesetzbuch Drittes Buch (SGB III)]. Beurteilungsmaßstab für das Vorliegen einer solchen Beschäftigung ist § 7 Abs. 1 SGB IV. Danach ist Beschäftigung die nichtselbständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis.

a) Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundessozialgerichtes (BSG) setzt eine Beschäftigung i.S.d. § 7 SGB IV voraus, dass der Beschäftigte 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 er 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 selbstständig tätig ist, richtet sich ausgehend von den genannten Umständen nach dem Gesamtbild der Arbeitsleistung und hängt davon ab, welche Merkmale überwiegen (st. Rspr.; vgl. zum Ganzen z.B. zuletzt BSG, Urteil v. 29.8.2012, B 12 R 14/10 R, USK 2012-82; BSG, Urteil v. 25.4.2012, B 12 KR 24/10 R, SozR 4-2400 § 7 Nr. 15; BSG, Urteil v.11.3.2009, B 12 KR 21/07 R, USK 2009-25; BSG, Urteil v. 18.12.2001, B 12 KR 10/01 R, SozR 3-2400 § 7 Nr. 20; Senat, Beschluss vom 7.1.2011, L 8 R 864/10 B ER, NZS 2011, 906; Senat, Urteil v. 17.10.2012, L 8 R 545/11, juris; zur Verfassungsmäßigkeit dieser Abgrenzung: BVerfG, Beschluss v. 20.5.1996, 1 BvR 21/96, SozR 3-2400 § 7 Nr. 11).

Die Zuordnung einer Tätigkeit nach deren Gesamtbild zum rechtlichen Typus der Beschäftigung bzw. der selbständigen Tätigkeit setzt dabei voraus, dass alle nach Lage des Einzelfalls als Indizien in Betracht kommenden Umstände festgestellt, in ihrer Tragweite zutreffend erkannt und gewichtet, in die Gesamtschau mit diesem Gewicht eingestellt und nachvollziehbar, das heißt den Gesetzen der Logik entsprechend und widerspruchsfrei gegeneinander abgewogen werden (BSG, Urteil v. 29.7.2015, B 12 KR 23/13 R; BSG, Urteil v. 19.8.2015, B 12 KR 9/14 R, jeweils juris; Senat, Urteil v. 25.11.2015, L 8 R 538/14).

b) Ausgehend von diesen Grundsätzen steht nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme fest, dass zur Verrichtung der in den Nachunternehmerverträgen zwischen der Klägerin und der AK bezeichneten Gewerken [dazu unter aa)] Personen tätig geworden sind, denen gegenüber die Klägerin arbeitgeberseitige Weisungen erteilt hat [dazu unter bb)], die nicht zuletzt aufgrund dessen in den Betrieb der Klägerin eingegliedert waren [dazu unter cc)] und bei denen sich keinerlei Merkmale unternehmerischen Handelns feststellen lassen [dazu unter dd)]. Angesichts der Tatsache, dass zwischen den betreffenden Personen und der Klägerin keine erkennbaren mit Rechtsbindungswillen geschlossenen Absprachen über die Erbringung von Arbeitsleistung gegen Entgelt getroffen worden sind, kommt es für die Beurteilung dieser Fragen auf die tatsächlichen Verhältnisse an, wie sie bei Verrichtung der Arbeit bestanden haben.

aa) Es ist zwischen den Beteiligten unstreitig, dass den von AK an die Klägerin gestellten Rechnungen betreffend die klägerischen Bauvorhaben "X-Straße" und "H" in N, "T" und "B/C-Straße" in E sowie "A-Straße" in L tatsächliche Arbeiten von Personen zugrunde liegen. Wie aus den Nachunternehmerverträgen mit der AK und den gestellten Rechnungen folgt, handelte es sich dabei um Maurer- und Verblendarbeiten. Darüber hinaus wurden Sonder- und Extraarbeiten auf Anleitung der Bauleitung abgerechnet. Die Personen, die diese Arbeiten erbracht haben, waren nicht von der Klägerin zur Sozialversicherung angemeldet worden. Der Senat hat keinen Anlass, an dem insoweit übereinstimmenden Vortrag der Hauptbeteiligten zu zweifeln, zumal insbesondere auch die Zeugen Schilder und C jedenfalls den Einsatz der Arbeitnehmer von sog. Subunternehmern der Klägerin auf deren Baustellen bestätigt haben.

bb) Es ist weiter bewiesen, dass den Personen, die diese Leistungen erbracht haben, Weisungen von Mitarbeitern der Klägerin erteilt worden sind, die den Charakter arbeitgeberseitiger Weisungen hatten und der Klägerin in diesem Sinne zurechenbar sind.

(1) Dass derartige Weisungen erteilt worden sind, folgt daraus, dass keinerlei Vorgaben der Klägerin oder Dritter gegenüber den auf der Baustelle tätigen Personen erkennbar sind, die von diesen ohne die Erteilung arbeitgeberseitiger Weisungen zur Erreichung des von der Klägerin gegenüber den Bauherrn geschuldeten werkvertraglichen Erfolgs hätten umgesetzt werden können.

(a) Die Frage, ob sich Weisungen im Einzelfall als solche des Werkbestellers (vgl. § 645 Abs. 1 Bürgerliches Gesetzbuch [BGB]) oder des Arbeitgebers (§ 106 GewO) darstellen, ist anhand der Umstände des Einzelfalles, der getroffenen Vereinbarungen und ihrer praktischen Durchführung zu beantworten. Anweisungen des Bestellers beziehen sich auf die Ausführung des Werkes, während diejenigen des Arbeitgebers Inhalt, Ort und Zeit der Arbeitsleistung umfassen (§ 106 Satz 1 GewO). Liegen die zu erledigende Aufgabe und der Umfang der Arbeiten bei Erteilung der Weisung bereits konkret fest, kann dies für eine werkvertragliche Weisung sprechen. Fehlt es dagegen an einem abgrenzbaren Auftrag und muss der "Auftraggeber" durch weitere Weisungen den Gegenstand der vom "Auftragnehmer" zu erbringenden Leistung erst bestimmen und damit Arbeit und Einsatz erst bindend organisieren, handelt es sich in der Regel um eine Arbeitgeberweisung (vgl. BAG, Urteil v. 25.9.2013, 10 AZR 282/12, NJW 2013, 3672; Urteil v. 9.11.1994, 7 AZR 217/94, BAGE 78, 252).

(b) Ausgehend von diesen Grundsätzen folgt aus den Nachunternehmerverträgen zwischen der Klägerin und AK kein hinreichend abgrenzbarer Auftrag. Vielmehr bedurfte es zur Festlegung der zu erbringenden Leistung Weisungen hinsichtlich Inhalt, Ort und Zeit der Arbeitsleistung, die sich als Ausübung eines arbeitgeberseitigen Weisungsrechts darstellen.

(aa) Schon der Ort der Tätigkeit ergibt sich aus den Verträgen nur rudimentär. Die Bauvorhaben sind - bis auf dasjenige in der A-Straße - nicht mit konkreten Adressen bezeichnet. Der Ort der Tätigkeit ergab sich auch nicht gleichsam aus der Natur des Auftrags: So hat der Zeuge C darauf hingewiesen, dass das im Vertrag als "B" bezeichnete Bauvorhaben mit dem abgerechneten Objekt "C-Straße" identisch gewesen sei. Anderseits hat sich nach den Feststellungen in der mündlichen Verhandlung in unmittelbarer Nähe zu diesem Bauvorhaben noch ein weiteres, kleineres Projekt der Klägerin für einen anderen Auftraggeber befunden.

(bb) Auch die auszuführenden Leistungen und damit der vermeintlich vereinbarte Erfolg der Werkleistung sind in den Nachunternehmerverträgen nur pauschal mit "Maurer- und Verblendarbeiten" benannt worden. Lediglich einmal findet sich ein Zusatz wie "Bauteil I (Garagentrakt)", wobei dieser sowohl im Vertrag zum Bauvorhaben "A-Straße" als auch in dem für das Projekt "B" enthalten ist.

Nach den Angaben des Zeugen C wurden Verträge ggf. mehrfach verwandt, so dass dieser (nicht alleinigen) Übereinstimmung der Verträge weniger der Eindruck der bewussten Vertragsgestaltung als eher der einer gewissen Beliebigkeit inne wohnt.

Eine Leistungsbeschreibung ist den Nachunternehmerverträgen anders als z.B. in der Empfehlung "Muster für General- und Nachunternehmerverträge im Schlüsselfertigbau" v. 8.7.2005 (BAnz. Nr. 163, S. 13145 ff.) vorgesehen, nicht zu entnehmen (vgl. dazu bereits Senat, Beschluss v. 27.7.2009, L 8 R 5/09 R ER). Entsprechendes wurde auch durch das HZA nicht sichergestellt.

(cc) In zeitlicher Hinsicht enthalten allenfalls die Verträge vom 16.2.2004 und 19.3.2004 einen Rahmen für die Durchführung der Arbeiten, während die Verträge vom 26.5.2004 und 27.2.2004 direkt den Beginn "in Abstimmung mit der Bauleitung" vorsehen. Auch diesbezüglich stimmen die Verträge für die Bauten "A-Straße" und "B" überein. Aufgrund der zunächst erfolgten Abrechnung der Verblendarbeiten "A-Straße" (Rechnungsstellung im Zeitraum vom 5.4.2004 bis 24.5.2004) und der sich erst daran anschließenden hinsichtlich der Arbeiten "B/C-Straße" (Rechnungsstellung vom 24.5.2004 bis 21.7.2004) ergeben sich keine maßgeblichen Anhaltspunkte dafür, dass die beiden Bauvorhaben tatsächlich parallel verlaufen sind. Entsprechendes hat die Klägerin auch nicht vorgetragen.

Eine insofern nötige Konkretisierung hinsichtlich Ort, Zeit und der Art und Weise der auszuführenden Tätigkeit ist auch nicht aufgrund der nach § 2.1 der Nachunternehmerverträge vereinbarten Aushändigung der Ausführungsunterlagen erfolgt. Es bestehen nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme keine Anhaltspunkte dafür, dass diese Unterlagen tatsächlich übergeben worden sind. Zwar hat der Zeuge C erklärt, dass ein Nachunternehmer grundsätzlich alles an Ausführungsunterlagen erhielte, was er benötigte. Allerdings konnten die für die Klägerin damals tätigen Bauleiter, die Zeugen T1 und C, obgleich sie die Nachunternehmerverträge teilweise selbst unterzeichnet hatten, sich weder an die AK noch an die durch diese ggf. betreuten Bauvorhaben erinnern. Die Klägerin verweist des Weiteren selbst darauf, dass sie über keine weiteren Unterlagen bezüglich der einschlägigen Bauvorhaben mehr verfügt, da seinerzeit alle Unterlagen durch das HZA beschlagnahmt worden sind (insb. Schriftsätze vom 1.4.2015 und 10.2.2016). Entsprechende Ausführungsunterlagen wurden indessen nach den beigezogenen Ermittlungsakten der StA, des HZA bzw. der Handakte der Zeugin X anlässlich der Durchsuchungen bei der Klägerin und ihres Geschäftsführers ebenso wie bei AK nicht sichergestellt.

(2) Es ist ausgeschlossen, dass die zur Ausführung der Gewerke erforderlichen arbeitgeberseitigen Weisungen seitens AK erteilt worden sind. AK war kein Bauunternehmen, das aufgrund einer vorhandenen organisatorischen, personellen und sächlichen Infrastruktur in der Lage gewesen wäre, von ihm eingesetzte Erfüllungsgehilfen zur Erstellung eines im Rahmen eines Nachunternehmervertrags vereinbarten Werkerfolgs weisungsgebunden und in seiner Betriebsorganisation eingegliedert einzusetzen. Dies folgt nicht zuletzt bereits aus den geständigen Einlassungen der Zeugin T2 und des Herrn L im Rahmen der vor dem LG C durchgeführten Strafverfahren.

(a) Zunächst fehlte es der AK an jeglicher Betriebsorganisation. Die Zeugin T2 wurde von den Räumlichkeiten der Reisemobilvermittlung ihres damaligen Ehemannes aus tätig. Nach ihren Bekundungen war ihr unbekannt, welche Personen auf welchen Baustellen in welchen Zeiträumen eingesetzt worden sind. Ebenso war ihr unbekannt, ob die AK überhaupt Arbeitnehmer beschäftigt und ob - obgleich sie die Verträge mit dieser unterzeichnete - diese Geschäftsbeziehungen zu der Klägerin unterhalten hat. Dementsprechend hat Herr L bei seiner Beschuldigtenvernehmung vor dem HZA am 14.11.2005 erklärt, dass sich um die Aufträge der AK die Herren T2 und Q sowie zwei Niederländer gekümmert hätten. Sinn und Zweck der AK sei gewesen, über einen Agenten Bauaufträge in Deutschland zu vermitteln.

Sowohl nach Aussage der Zeugin T2 als auch den weiteren Ermittlungen des HZA besaß die AK weder eine eigene Betriebsstätte und Baumaterialien noch einen Maschinen- oder Fuhrpark. Etwas anderes folgt auch nicht aus §§ 3.1 und 3.5 der Nachunternehmerverträge. Zwar wird dort nicht nur der Einsatz eigenen Fachpersonals, sondern auch der eigener Materialien und Gerätschaften vorausgesetzt, jedoch ist dies in der Praxis nicht umgesetzt worden. Unstreitig hat die Klägerin die Materialien und Geräte gestellt. Allenfalls Kleinwerkzeuge wurden von ihr nicht zur Verfügung gestellt.

(b) Weder die Zeugin T2 noch ihr damaliger Ehemann verfügten über die notwendigen Kenntnisse, um Bauleistungen eigenverantwortlich auszuführen und die dafür notwendigen arbeitgeberseitigen Weisungen zu erteilen. Dies hat die Zeugin T2 bestätigt, die nach eigenen Angaben über keine Erfahrung im Baugewerbe verfügte und ohne die Hilfe von Dritten weder die Arbeiten anbieten noch diese hätte ausführen können. Ihr war unbekannt, wie die einzelnen Baustellen geführt wurden. Weder sie noch Herr L waren auch nur in der Lage, Angebote zu kalkulieren. Die Rechnungen wurden von Dritten oder von ihr nach deren Vorgaben gestellt.

Zwar hat die AK bei der Handwerkskammer (HWK) Dortmund ab dem 15.1.2004 als Betriebsleiter den 1942 geborenen Stahlbetonbaumeister N als Betriebsleiter gemeldet, jedoch ist dieser für die AK nicht im Rahmen der klägerischen Bauvorhaben tätig geworden. Der Zeuge N konnte sich in seiner Vernehmung vor dem SG weder an die AK noch an die Zeugin T2 erinnern. Auch die Zeugin T2 entsann sich an "ihren Bauleiter" im Rahmen ihrer Beschuldigtenvernehmung durch das Finanzamt für Steuerstrafsachen und Steuerfahndung vom 23.11.2005 überhaupt nicht und konnte sich in ihrer Zeugeneinvernahme durch den Senat am 31.3.2015 nur vage erinnern. In ihrer Vernehmung 2005 erklärte sie zudem, dass ihr jetziger Ehemann, Herr T2, die Betriebsleitererklärung ausgefüllt und ihr zur Unterschrift vorgelegt habe. Hinzu kommt letztlich, dass sich auch auf der Vertragsseite der Klägerin, namentlich die Zeugen T1 und C, nicht an den Zeugen N erinnern konnten.

Soweit der Zeuge C auf schriftliche Befragung durch das HZA im September 2006 erklärt hat, dass er mit der AK durch Telefonate mit "Vorarbeiter/Polier" Kontakt gehalten habe, überzeugt dies den Senat nicht. Zunächst konnte sich der Zeuge bereits damals weder daran erinnern, ob es sich stets um denselben Ansprechpartner gehandelt habe noch wer der "Bauleiter der Verleihfirma" gewesen sei. Zudem waren ihm im Rahmen seiner nunmehrigen Zeugeneinvernahme vor dem Senat weder die AK und die Zeugin T2 (unter ihrem damaligen Namen L) noch der konkrete Ansprechpartner z.B. bei dem Bauvorhaben "B" vor Ort erinnerlich. Stattdessen teilte er mit, dass sein Ansprechpartner vor Ort generell vom "Chef" des Nachunternehmens benannt werde. Vor dem Hintergrund der Erklärungen der Zeugin T2 kann dies allerdings für die AK ausgeschlossen werden.

(3) Als einzige Weisungsgeber kommen Mitarbeiter der Klägerin in Betracht. Mögliche Dritte sind nicht ersichtlich und von der Klägerin auch nicht behauptet worden. Demgegenüber hat der Zeuge T1 sich zwar nicht konkret erinnern, aber gut vorstellen können, dass er auch Mitarbeitern vermeintlicher Subunternehmer Weisungen auf der Baustelle erteilt hat. Er habe sie beim Erstkontakt eingewiesen. Zu Beginn ihrer Tätigkeit auf der Baustelle hätten sie die Baupläne bekommen. Dies entspricht im Übrigen der Konkretisierung des Gewerks, dessen

wesentlicher Inhalt - wie vom Senat festgestellt - bei der Formulierung des (angeblichen) Nachunternehmerauftrags an AK auch im vorliegenden Fall noch nicht feststand. Des Weiteren oblag den Zeugen T1 und C die Absprache der Ausführungsfristen. Nach Angaben des klägerischen Geschäftsführers im Termin besuchten sie die ihnen zugeteilten Baustellen fast täglich, mindestens jedoch dreimal wöchentlich. Bei konkretem Bedarf erschienen sie zudem außerplanmäßig. Bei den Besuchen wurden Baufortschritt und Qualität geprüft. Fehler sind, so der Zeuge T1, angesprochen worden. Vor Ort war zudem ständig der klägerische Polier als der "verlängerte Arm des Bauleiters" zugegen. Die zahlreich abgerechneten "Sonderarbeiten/Extraarbeiten im Auftrag der Bauleitung" sprechen ebenfalls für konkrete Arbeitsaufträge durch die Klägerin vor Ort. Dass es sich hierbei nur um Nachbesserungsarbeiten gehandelt haben soll, wie der Zeuge C angedeutet hat, steht dieser Beurteilung nicht entgegen, denn auch in diesem Fall bedurfte es konkretisierender Weisungen vor Ort.

(4) Die von den Mitarbeitern der Klägerin erteilten Weisungen sind dieser als Arbeitgeberin zuzurechnen. Die Mitarbeiter sind in der ihnen vom Geschäftsführer der Klägerin zugewiesenen Funktion tätig geworden. Zudem war die Geschäftsführung, wie der Zeuge C mit den Worten "Ohne die Geschäftsführung ging grundsätzlich nichts" verdeutlicht hat, über alle wesentlichen Vorgänge bei Bauvorhaben der Klägerin unterrichtet.

cc) Auf dieser Grundlage bestand auch eine Eingliederung der Arbeitskräfte in den Betrieb der Klägerin.

(1) Wie bereits dargelegt, verfügte AK über keine eigene Betriebsorganisation. Vor diesem Hintergrund ist der Umstand, dass die Zeugen T1 und C sich in erster Linie an die jeweiligen "Vorarbeiter" der "Subunternehmer" gewandt haben, eher ein Indiz für eine funktionsgerechte Einordnung der Arbeitskräfte in eine letztlich von der Klägerin geschaffene und genutzte Arbeitsorganisation. Dem steht die - auf ausdrückliche Nachfrage des Klägerbevollmächtigten abgegebene - Erklärung des Zeugen C, er sei zu keinem Zeitpunkt von der Klägerin angewiesen worden, Mitarbeiter von Nachunternehmern als eigene Mitarbeiter zu behandeln, nicht entgegen. Entscheidend für die Eingliederung in die Arbeitsorganisation des Weisungsgebers ist nicht die Behandlung von Arbeitskräften als "eigene" Mitarbeiter, sondern ihre funktionsgerecht dienende Teilhabe am vom Arbeitgeber organisierten Arbeitsprozess. Hieran bestehen im vorliegenden Fall jedoch keine Zweifel.

(2) Das gilt umso mehr, als die Klägerin selbst eingeräumt hat, dass die Maurer- und Verblendarbeiten an den Bauvorhaben u.a. während der Rohbauarbeiten mit den von ihr gestellten Materialien und Großwerkzeugen sowie Gerüsten durchgeführt wurden. Eine übergeordnete Koordination der Arbeiten war daher zwingende Voraussetzungen und weiteres Zeichen der Eingliederung der Arbeiter in den klägerischen Arbeitsprozess.

dd) Wesentliche Merkmale, die zudem für eine selbständige Tätigkeit der eingesetzten Arbeiter sprechen, sind nicht ersichtlich. Weder sind bei ihnen eigene Betriebsstätten noch im Ansatz ein unternehmerisches Risiko zu erkennen. Vielmehr ist den Feststellungen im Strafverfahren gegen das Ehepaar L zu entnehmen, dass diese aus den eingenommenen Geldern Beträge erhielten. Die nicht seitens der Klägerin gestellten Kleinwerkzeuge sind nicht als ausschlaggebend in der Gesamtabwägung zu beurteilen.

ee) Weitere in die Gesamtabwägung einzustellende Gesichtspunkte sind weder vorgetragen noch ersichtlich. Insgesamt zeigt die Bewertung und Gewichtung der relevanten Abgrenzungsmerkmale unter Berücksichtigung der durch den Senat festgestellten tatsächlich praktizierten Rechtsbeziehung, dass diese im gesamten Streitzeitraum im Wesentlichen der einer anhängigen Beschäftigung entsprach, wogegen Aspekte, die für eine selbständige Tätigkeit stehen, nicht in einem im Rahmen der Gesamtabwägung überwiegenden Umfang vorhanden waren.

c) Die Arbeitskräfte haben auch "gegen Entgelt" gearbeitet. Dass die Auszahlung der Entgelte durch Dritte erfolgte, steht der Beurteilung als Arbeitsentgelt nicht entgegen (vgl. BSG, Urteil v. 26.3.1998, B 12 KR 17/97 R, SozR 3-2400 § 14 Nr. 15; Urteil v. 26.10.1988, 12 RK 18/87, SozR 2100 § 14 Nr. 19; Werner in jurisPK-SGB IV, a.a.O., § 14 Rdnr. 80).

d) Anhaltspunkte für Versicherungsfreiheit oder Befreiung von der Versicherungspflicht in allen oder einzelnen Zweigen der Sozialversicherung bestehen nicht.

II. Die Beklagte hat weiter zutreffend festgestellt, dass die Klägerin als Arbeitgeberin für die aufgrund der Versicherungspflicht zu entrichtenden Sozialversicherungsbeiträge haftet.

1. Nach § 28e Abs. 1 Satz 1 SGB IV hat der Arbeitgeber den Gesamtsozialversicherungsbeitrag, d.h. die für die bei ihm Beschäftigten zu entrichtenden Beiträge zur Kranken-, Pflege-, Renten- und Arbeitslosenversicherung (§ 28d Sätze 1 und 2 SGB IV), zu zahlen. Wer Arbeitgeber im Sinne dieser Bestimmung ist, ist gesetzlich nicht definiert und folgt als Gegenstück zum Begriff des Beschäftigten aus § 7 Abs. 1 SGB IV. Arbeitgeber ist danach diejenige natürliche oder juristische Person des privaten oder öffentlichen Rechts, zu der Arbeitnehmer in einem Verhältnis der persönlichen Abhängigkeit stehen (BSG, Urteil v. 27.7.2011, B 12 KR 10/09 R, SozR 4-2400 § 28e Nr. 4; Werner in jurisPK-SGB IV, a.a.O., § 28e Rdnr. 34). Dies ist im vorliegenden Fall die Klägerin als diejenige juristische Person, die den Arbeitskräften Weisungen erteilt und sie in ihre Arbeitsorganisation eingegliedert hat.

2. Dem steht nicht entgegen, dass die Klägerin mit den Arbeitskräften keine Arbeitsverträge geschlossen hat bzw. schließen wollte. Wie schon der Wortlaut des § 7 Abs. 1 Satz 1 SGB IV ("insbesondere") zeigt, ist das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses keine zwingende Voraussetzung eines Beschäftigungsverhältnisses (Segebrecht in jurisPK-SGB IV, a.a.O., § 7 Rdnr. 58; Seewald in Kasseler Kommentar, SGB IV, 87. Ergänzungslieferung, § 7 Rdnr. 15 ff. m.w.N.).

3. Der Bescheid ist unter dem Gesichtspunkt der Auswahl des Adressaten auch nicht deshalb zu beanstanden, weil die Beklagte die Klägerin neben der AK in Anspruch nimmt. Das gilt unabhängig von der Frage, ob die AK als Beitragsschuldner überhaupt in Betracht kommt, was voraussetzen würde, dass ein Fall unerlaubter gewerbsmäßiger Arbeitnehmerüberlassung seitens der AK an die Klägerin vorliegt (§ 28e Abs. 2 Satz 4 SGB IV). Die in diesem Fall aufgrund der durch § 28e Abs. 2 Satz 4 SGB IV angeordneten gesamtschuldnerischen Haftung notwendig werdende Schuldnerauswahl (§ 421 BGB in entsprechender Anwendung) hindert die Beklagte als prüfenden Rentenversicherungsträger nämlich nicht daran, die bestehende Haftung beider Schuldner durch Prüfbescheid festzustellen. Vielmehr erfolgt die Auswahl des

Zahlungsschuldners erst im Rahmen der Forderungsrealisierung, die der Einzugsstelle obliegt (§ 28h Abs. 1 Satz 2 SGB IV). Allerdings haben sich nach der Beweisaufnahme im Hauptsacheverfahren keine Anhaltpunkte für entsprechende vertragliche Absprachen zwischen den Arbeitskräften und AK bzw. AK und der Klägerin ergeben.

III. Die Beitragsberechnung ist nicht zu beanstanden.

1. Die Beklagte war berechtigt, die Nachforderung in Gestalt eines Summenbescheides geltend zu machen. Nach § 28f Abs. 2 Satz 1 SGB IV kann der prüfende Träger der Rentenversicherung den Gesamtsozialversicherungsbeitrag von der Summe der vom Arbeitgeber gezahlten Arbeitsentgelte geltend machen, wenn ein Arbeitgeber die Aufzeichnungspflicht nicht ordnungsgemäß erfüllt hat und dadurch die Versicherungs- oder Beitragspflicht oder die Beitragshöhe nicht festgestellt werden können. Dies gilt nach Satz 2 der Bestimmung nicht, soweit ohne unverhältnismäßig großen Verwaltungsaufwand festgestellt werden kann, dass Beiträge nicht zu zahlen waren oder Arbeitsentgelt einem bestimmten Beschäftigten zugeordnet werden kann.

a) Die Klägerin hat ihre Aufzeichnungspflicht verletzt, denn sie hat gegen die aus §§ 28a Abs. 1, 28e Abs. 1 SGB IV folgenden Pflichten zur Meldung und Beitragszahlung verstoßen (vgl. hierzu auch die besondere Aufzeichnungspflicht im Baugewerbe nach § 28f Abs. 1a SGB IV). Die Aufzeichnungspflichten umfassen nicht nur das gezahlte, sondern auch das beitragspflichtige Arbeitsentgelt (§ 8 Abs. 1 Satz 1 Nr. 11 Beitragsverfahrensverordnung bzw. § 2 Abs. 1 Satz 1 Nr. 8 der bis zum 30.6.2006 geltenden Beitragsüberwachungsverordnung). Dass die Klägerin nicht direkt das Entgelt an die Arbeiter auszahlte, steht nach dem unter I.3.c) Gesagten nicht entgegen.

b) Der Beklagten waren zudem keine weiteren Feststellungen dazu möglich, dass Beiträge nicht zu zahlen sind oder Arbeitsentgelt einem bestimmten Beschäftigten zugeordnet werden kann, § 28f Abs. 2 Satz 2 SGB IV. Die Klägerin hat im Verwaltungs- und Widerspruchsverfahren keine Angaben gemacht, die für die individuelle Beitragsfeststellung erforderlich wären. Der Beklagten selbst waren keine Namen der ausländischen Arbeitnehmer bekannt. Die konkret an die Arbeitnehmer ausbezahlten Löhne konnten auch durch das HZA nicht ermittelt werden.

c) Ein Ermessensfehler bei der Anwendung von § 28f Abs. 2 Satz 1 SGB IV ("kann") lässt sich nicht feststellen. Bei der gegebenen Sachlage besteht für die Beklagte keine andere Möglichkeit als die Wahl eines Summenbescheides, um ihrer Verpflichtung zur rechtzeitigen und vollständigen Beitragserhebung (§ 76 Abs. 1 SGB IV) zu entsprechen. Ihr Ermessen ist daher in diesem Sinne auf Null reduziert.

2. Die Beklagte war weiter berechtigt, die Höhe der Arbeitsentgelte, die der Beitragsbemessung zugrunde zu legen sind (§ 226 Abs.1 Satz 1 Nr. 1 SGB V, § 57 Abs. 1 SGB XI, § 162 Nr. 1 SGB VI, § 342 SGB III), zu schätzen. Das folgt aus § 28f Abs. 2 Satz 3 SGB IV. Zu den Schätzungsmethoden enthält das Gesetz keine ausdrückliche Regelung. Die Beklagte ist grundsätzlich mit der Heranziehung von 2/3 der Nettorechnungsbeträge von sachlichen und nachvollziehbaren Erwägungen ausgegangen und hat das ortsübliche Entgelt i.S.v. § 28f Abs. 2 Satz 4 SGB IV in ihre Schätzung einbezogen. Dabei ist sie zutreffend davon ausgegangen, dass sie die Versicherungspflicht und die Beitragshöhe nach dem tariflich zustehenden Arbeitsentgelt zu beurteilen hat (BSG, Urteil v. 14.7.2004, B 12 KR 1/04 R, SozR 4-2400 § 22 Nr. 2).

IV. Die Forderung ist nicht verjährt. Nach § 25 Abs. 1 SGB IV verjähren Ansprüche auf Beiträge in vier Jahren nach Ablauf des Kalenderjahres, in dem sie fällig geworden sind. Beitragsansprüche der Versicherungsträger entstehen nach § 22 Abs. 1 SGB IV, sobald ihre im Gesetz oder aufgrund eines Gesetzes bestimmten Voraussetzungen vorliegen und der Anspruch des Arbeitnehmers auf Arbeitsentgelt entstanden ist. Nach der ab 1.1.2004 gültigen Fassung des § 23 Abs. 1 Satz 2 SGB IV wurden Beiträge, die nach dem Arbeitsentgelt zu bemessen sind, spätestens am Fünfzehnten des Monats fällig, der dem Monat folgt, in dem die Beschäftigung, mit der das Arbeitsentgelt erzielt wird, ausgeübt worden ist oder als ausgeübt gilt. Die für die Zeit vom 2.2.2004 bis 30.11.2004 geschuldeten Beiträge sind danach nicht verjährt, da vor Ablauf der Verjährung am 31.12.2008 der Beitragsbescheid ergangen ist. Der Betriebsprüfungsbescheid datiert auf den 8.12.2008, zugestellt am 9.12.2008.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 197a Abs. 1 Satz 1 SGG i.V.m. §§ 154 Abs. 1, 3, 162 Abs. 3 Verwaltungsgerichtsordnung.

Gründe gemäß § 160 Abs. 2 SGG für die Zulassung der Revision liegen nicht vor.

Die Festsetzung des Streitwerts folgt aus § 197a SGG i.V.m. § 52 Gerichtskostengesetz.
Rechtskraft
Aus
Login
NRW
Saved
2017-02-28