

L 5 R 4846/11

Land
Baden-Württemberg
Sozialgericht
LSG Baden-Württemberg
Sachgebiet
Rentenversicherung
Abteilung
5
1. Instanz
SG Ulm (BWB)
Aktenzeichen
S 10 R 211/11
Datum
08.09.2011
2. Instanz
LSG Baden-Württemberg
Aktenzeichen
L 5 R 4846/11
Datum
08.10.2012
3. Instanz
Bundessozialgericht
Aktenzeichen
-
Datum
-
Kategorie
Beschluss

-

Kategorie
Beschluss

Die Berufung des Klägers gegen das Urteil des Sozialgerichts Ulm vom 08.09.2011 wird zurückgewiesen.

Der Kläger trägt auch die Kosten des Berufungsverfahrens mit Ausnahme der außergerichtlichen Kosten der Beigeladenen.

Der Streitwert wird auf 2.258,85 EUR festgesetzt.

Gründe:

I.

Der Kläger wendet sich gegen die Beurteilung der Tätigkeit des Beigeladenen zu 2 für ihn in der Zeit vom 01.09.2008 bis 31.03.2009 als abhängige Beschäftigung und eine Beitrags- und Umlagenachforderung von 2.258,85 EUR incl. Säumniszuschläge (204 EUR) im Rahmen eines Betriebsprüfungsbescheids der Beklagten.

Der Kläger ist selbständig im Trockenbau tätig. In der Zeit ab September 2008 arbeitete der Beigeladene zu 2 regelmäßig auf den Baustellen des Klägers - mehrfach auch zusammen mit dem Kläger - und stellte diesem hierzu wochenweise Rechnungen, in denen er die geleisteten Stunden angab und pro Stunde eine Vergütung in Höhe von 10 EUR berechnete. Ausweislich dieser Rechnungen arbeitete der Beigeladene zu 2 für den Kläger in der Zeit vom 01.09.2008 bis 31.03.2009 zwischen 9 und 71 Stunden pro Woche. Weitere Mitarbeiter hatte der Kläger nicht.

Der Beigeladene zu 2 bezog bis zum 25.05.2008 Arbeitslosengeld und beantragte am 27.08.2008 bei der Bundesagentur für Arbeit einen Gründungszuschuss für die Aufnahme einer Tätigkeit als Wach- und Sicherheitskraft, der ihm mit Bescheid vom 10.09.2008 für die Zeit vom 01.09.2008 bis 31.05.2009 gewährt wurde.

Am 05.11.2009 führte das Hauptzollamt U., Finanzkontrolle Schwarzarbeit, eine Überprüfung auf einer Baustelle des Klägers durch. Der Beigeladene zu 2 gab am 05.11.2008 gegenüber dem Hauptzollamt u.a. an, dass er bei dem Kläger bis August 2008 mit Unterbrechungen im Rahmen eines Minijobs tätig gewesen sei. Aktuell habe er neben der Tätigkeit für den Kläger einen Minijob bei der Fa. B. C. in A ... Er plane die Aufnahme einer selbständigen Tätigkeit als Sicherheitskraft; ihm fehle jedoch noch die Erlaubnis. Er habe eine Berufshaftpflichtversicherung bezogen auf den Security-Bereich. Er arbeite mit dem Kläger zusammen. Er setze nur die Leisten für die Eckprofile; die Fugenmasse bringe der Kläger an. Der Kläger setze auch Eckleisten. Es sei nach längerer Zeit nicht mehr nachvollziehbar, wer welche Leisten gesetzt habe. Die Arbeits- und Vorgehensweise werde vom Kläger vorgegeben, der 18 Jahre Erfahrung habe. Hinsichtlich der Arbeitsmittel habe er lediglich das Deckengerüst/Rollengerüst gekauft und nutze es zusammen mit dem Kläger. Nach der Vernehmungsniederschrift des Hauptzollamts vom 30.03.2009 gab er dort an, dass er das Gerüst für 200 EUR bei E. gekauft habe und der Kläger sich zur Hälfte an den Kosten beteiligt habe. Weiter gab er u.a. an, er habe im St. C. Haus die Ausbildung zum staatlich anerkannten Jugend- und Heimerzieher absolviert und dort von Oktober 2001 bis 31.03.2008 als Jugend- und Heimerzieher gearbeitet. Während dieser Tätigkeit habe er auf 400 EUR Basis für den Kläger gearbeitet. Sein erster Lehrberuf sei Bäcker gewesen.

Nach Abschluss der Ermittlungen bat das Hauptzollamt U., Finanzkontrolle Schwarzarbeit, die Beklagte mit Schreiben vom 07.05.2009 um eine versicherungsrechtliche Beurteilung der Tätigkeit des Beigeladenen zu 2 und ggf. Feststellung der Höhe des Schadens zu Lasten der Einzugsstelle.

Die Beklagte führte eine Betriebsprüfung für den Zeitraum vom 01.09.2008 bis 31.03.2009 durch. Nach entsprechender Anhörung mit Schreiben vom 27.10.2009 stellte die Beklagte mit Bescheid vom 17.11.2009 fest, dass der Beigeladene zu 2 in diesem Zeitraum in seiner Tätigkeit als Trockenbauer für den Kläger der Versicherungspflicht in der Kranken-, Pflege-, Renten- und Arbeitslosenversicherung unterlag (S. 4 des Bescheids) und setzte eine Beitrags- und Umlagenachforderung in Höhe von 2.258,85 EUR einschließlich Säumniszuschläge in Höhe von 204 EUR gegen den Kläger fest.

Gegen den Bescheid legte der Kläger am 18.12.2009 Widerspruch ein, den er damit begründete, dass dem Beigeladenen zu 2 ein Gründungszuschuss gewährt worden sei und dieser über eine Gewerbeanmeldung verfüge, in der als Tätigkeit auch der Trockenbau ausgewiesen sei. Weiterhin habe der Beigeladene zu 2 in der Zeit seiner einjährigen Selbstständigkeit 33 Rechnungen an sechs verschiedene Auftraggeber geschrieben.

Den Widerspruch wies die Beklagte mit Widerspruchsbescheid vom 17.12.2010 zurück und führte zur Begründung aus, dass ausschließlich die in Rechnung gestellten Leistungen zu beurteilen seien. Insoweit liege eine Weisungsgebundenheit vor, da der Beigeladene zu 2 ebenso viel fachliche Anweisungen wie ein angestellter Facharbeiter erhalten habe, da dieser nur geringe fachliche Kenntnisse im Trockenbau gehabt habe und daher habe angeleitet werden müssen. Zeit und Ort der Arbeiten seien vom Kläger vorgegeben worden, ohne dass hierüber vom Beigeladenen zu 2 frei hätte entschieden werden können. Weiterhin sei dieser auch in den Betrieb des Klägers integriert gewesen, insbesondere habe er keine genau abgrenzbaren Werkleistungen erbracht. Die Leistungen seien persönlich erbracht worden, die Möglichkeit, einzelne Aufträge abzulehnen, sei kein Kriterium einer selbstständigen Tätigkeit. Der Beigeladene zu 2 habe auch kein unternehmerisches Risiko getragen, eigenes Werkzeug sei nur in geringem Umfang eingesetzt worden, betriebliche Strukturen im Bereich des Trockenbaus hätten nicht bestanden. Die Tätigkeit für andere Auftraggeber habe nur eine schwache Indizwirkung, die Gewerbeanmeldung sei kein Kriterium für eine Selbstständigkeit, ihr komme nur deklaratorische Wirkung zu.

Der Kläger hat sein Begehren weiterverfolgt, am 20.01.2011 Klage beim Sozialgericht Ulm (SG) erhoben und geltend gemacht, dass keine sozialversicherungspflichtige Tätigkeit des Beigeladenen zu 2 vorgelegen habe. Diesem sei von der Bundesagentur für Arbeit ein Gründungszuschuss bewilligt worden, auf welchem auch die Gewerbeanmeldung basiere. Der Beigeladene zu 2 sei vom 01.09.2008 bis Ende Oktober 2009 selbstständig tätig gewesen. Unzutreffend sei, dass der Gründungszuschuss nur für eine Tätigkeit im Sicherheitsgewerbe bewilligt worden sei, eine solche Einschränkung lasse sich dem Bewilligungsbescheid nicht entnehmen. In der Zeit der Selbstständigkeit habe der Beigeladene zu 2 Rechnungen an insgesamt 33 Auftraggeber geschrieben, lediglich zu Beginn seiner Selbstständigkeit sei er überwiegend für den Kläger tätig geworden. Der Beigeladene zu 2 sei objektbezogen als Subunternehmer eingesetzt worden, der Umstand, dass Hand in Hand gearbeitet worden sei, begründe keine Weisungsgebundenheit im Sinne eines Über- und Unterordnungsverhältnisses. Unzutreffend sei auch die Behauptung, dass der Beigeladene zu 2 keine eigenen sächlichen Mittel eingesetzt habe. Dieser sei auf sein eigenes Fahrzeug angewiesen gewesen, habe einen eigenen Anhänger, ein eigenes Gerüst und eigenes Werkzeug eingesetzt. Die vorgenommene Abrechnung auf Stundenbasis sei kein geeignetes Abgrenzungskriterium. Nicht verfangen könne schließlich das Argument der fehlenden Gewährleistungshaftung, da insoweit die Vereinbarung dahingehend getroffen worden sei, dass der Subunternehmer das Geld erst nach erfolgter Abnahme erhalte. Ergänzend legte er eine Auftraggeber- und Umsatz-Aufstellung des Beigeladenen zu 2 vor. Die Beklagte ist der Klage entgegengetreten und hat hervorgehoben, dass jede Tätigkeit für sich zu beurteilen sei. Der Gründungszuschuss sei nur für eine Tätigkeit als Wach- und Sicherheitskraft gewährt worden, im Übrigen binde die Beurteilung nicht. Es müsse von einer fachlichen Weisungsunterworfenheit des Beigeladenen zu 2 ausgegangen werden. Es habe sich auch nicht um exakt abgrenzbare Gewerke gehandelt.

Mit Urteil vom 08.09.2011 hat das SG die Klage abgewiesen und im Wesentlichen ausgeführt, die Beklagte habe die Tätigkeit des Beigeladenen zu 2 zutreffend als abhängige Beschäftigung beurteilt und Sozialversicherungsbeiträge erhoben. Der Beigeladene zu 2 sei kein gelernter Trockenbauer, sondern habe eine Bäckerlehre absolviert und einen Abschluss zum staatlich geprüften Jugend- und Heimerzieher erworben. Die Kenntnisse im Trockenbau basierten nach seinen Angaben auf der Aushilfstätigkeit beim Kläger sowie seinem handwerklichen Geschick. Nach den Darlegungen des Klägers habe der Beigeladene zu 2 lediglich diejenigen Tätigkeiten, zu denen er ihn angeleitet gehabt habe, selbstständig ausführen können. Die somit ersichtliche mangelnde Erfahrung des Beigeladenen zu 2 spreche dagegen, dass dieser Tätigkeiten im Bereich des Trockenbaus am Markt hätte anbieten können. Auch habe der Beigeladene zu 2 hinsichtlich des Trockenbaus keine Bemühungen unternommen, um Kunden zu gewinnen oder sich in diesem Bereich zu etablieren. Vielmehr sei sein Bestreben auf eine Selbstständigkeit im Bereich des Sicherheitsdienstes gerichtet gewesen. Dementsprechend habe sich seine Akquise auch nur auf Sicherheitsfirmen beschränkt, Werbung oder dergleichen sei ebenfalls keine vorgenommen worden. Gegen eine selbstständige Tätigkeit spreche weiterhin der Stundenlohn von 10,00 EUR, den der Beigeladene zu 2 damit erklärt habe, dass er aufgrund seiner geringen Erfahrung keinen höheren Lohn habe verlangen wollen. Diesem Stundenlohn lasse sich eine wirtschaftliche Kalkulation, wie sie für einen Selbstständigen zwingend sei, nicht entnehmen. Ein unternehmerisches Risiko des Beigeladenen zu 2 sei ebenfalls nicht zu erkennen, da sich das von ihm eingegangene Risiko darauf beschränkt habe, dass er nach der geleisteten Arbeit für diese nicht bezahlt werde. Diesem Risiko seien indessen auch Arbeitnehmer ausgesetzt, sodass es sich hierbei um kein Merkmal für eine Selbstständigkeit handele. Nachdem der Beigeladene zu 2, abgesehen von dem Rollgerüst, auch kein Kapital im Hinblick auf den Trockenbau eingesetzt habe, habe auch kein Risiko bestanden, dass sich der Kapitaleinsatz nicht tragen würde. Der Beigeladene zu 2 habe über das Gerüst hinaus keine Investitionen in Werkzeug oder ähnliches getätigt, sondern sei bezüglich spezieller Werkzeuge auf die Bestände des Klägers angewiesen gewesen. Dass eine eigene Betriebsstätte nicht zwingend zu unterhalten gewesen sei, liege bei Arbeiten im Bereich des Trockenbaus in der Natur der Sache. Letztlich sei der Beigeladene zu 2 aber auch keinem Haftungsrisiko ausgesetzt gewesen, da dieses vom Kläger getragen worden sei. Der Argumentation, das Haftungsrisiko ergebe sich daraus, dass eine Bezahlung erst nach Abnahme erfolgt sei, könne dabei nicht gefolgt werden, da die Gewährleistungsfrist erst mit der Abnahme beginne. Auch aus einem möglichen Rückgriff des Klägers auf den Beigeladenen zu 2 ergebe sich nichts anderes. Abgesehen davon, dass ein solcher nicht vereinbart gewesen sei, erschließe sich auch nicht, wie bei der geschilderten Arbeitsteilung, insbesondere in den Fällen, in denen zusammengearbeitet worden sei, im Nachhinein eine Abgrenzung der verrichteten Arbeiten hätte erfolgen können. Anhaltspunkte dafür, dass sich der Beigeladene zu 2 hinsichtlich eines solchen Haftungsrisikos abgesichert hätte, seien ebenfalls nicht zu erkennen. Die abgeschlossene Berufshaftpflichtversicherung sei auf die Tätigkeit im Sicherheitsbereich bezogen gewesen, wie der Beigeladene zu 2 gegenüber dem Hauptzollamt angegeben habe. Von einer frei gestalteten Tätigkeit und Arbeitszeit könne ebenfalls nicht ausgegangen werden. Vielmehr seien die Arbeitszeiten mit dem Kläger abgesprochen, die Tätigkeit von diesem exakt vorgegeben und die Ausführung überwacht worden. Somit unterscheide sich die Tätigkeit des Beigeladenen zu 2 nicht von derjenigen eines auf Abruf tätigen Arbeitnehmers. Dass dem Beigeladenen zu 2 Entscheidungskompetenzen hinsichtlich seiner Tätigkeit zugestanden hätten, sei nicht ersichtlich. Keine andere Beurteilung rechtfertige sich aus der vorgelegten Gewerbeanmeldung, da eine solche keine Aussage im Hinblick darauf treffe, ob eine selbstständige oder abhängige Beschäftigung vorliege. Eine diesbezügliche

Prüfung sei in der Gewerbeordnung nicht vorgesehen und werde dementsprechend nicht durchgeführt. Der in dieser unter Umständen zum Ausdruck kommende Wille, eine selbstständige Tätigkeit zu betreiben, ändere an der sozialversicherungsrechtlichen Beurteilung nichts. Zur Überbrückung und Lückenfüllung für eine unzureichende Auslastung im Sicherheitsbereich seien auch abhängige Beschäftigungen in Betracht gekommen, sodass sich auch aus dieser Zielsetzung keine Selbstständigkeit ergebe. Auch komme es nicht darauf an, dass dem Beigeladenen zu 2 für seine selbstständige Tätigkeit von der Bundesagentur für Arbeit ein Gründungszuschuss gewährt worden sei. Zwar sei dem Bewilligungsbescheid nicht zu entnehmen, dass der Gründungszuschuss nur für eine bestimmte Tätigkeit gewährt worden wäre, jedoch habe der Beigeladene zu 2 bestätigt, dass sein Interesse ausschließlich auf die Selbstständigkeit im Bereich des Sicherheitsdienstes gerichtet gewesen sei und der Businessplan auch nur für diese Tätigkeit erstellt worden sei. Die Verwaltungsentscheidung der Bundesagentur habe somit ausschließlich auf der Selbstständigkeit im Sicherheitsdienst beruht, darauf, dass die weiteren Tätigkeiten in der Gewerbebeanmeldung enthalten seien, komme es nicht entscheidend an. Es könne nämlich nicht unberücksichtigt bleiben, dass nach [§ 57](#) Drittes Buch Sozialgesetzbuch (SGB III) ein Gründungszuschuss geleistet werde, wenn der Arbeitnehmer der Agentur für Arbeit die Tragfähigkeit der Existenzgründung nachweise und seine Kenntnisse und Fähigkeiten zur Ausübung der selbstständigen Tätigkeit darlege. Der Agentur für Arbeit müsse somit zwingend die Stellungnahme einer fachkundigen Stelle vorgelegt werden, aus den beizubringenden Unterlagen müsse sich das Unternehmenskonzept, die voraussichtlichen Einnahmen, der Finanzbedarf und die Rentabilität entnehmen lassen. Der Kenntnis- und Fähigkeitsnachweis könne z.B. durch Darstellung des beruflichen Werdegangs oder durch Qualifikationsnachweis erbracht werden (Stratmann in: Niesel, SGB III, § 57 Rn. 11 f.). Dass eine solche Stellungnahme einer fachkundigen Stelle im Hinblick auf eine selbstständige Tätigkeit als Trockenbauer vorgelegt worden wäre, sei weder ersichtlich, noch von dem Beigeladenen zu 2 behauptet worden. Eine hinreichende Qualifikation im Bereich des Trockenbaus sei nicht gegeben, die Aushilfstätigkeit für den Kläger in diesem Bereich könne eine solche nicht begründen. Einen Qualifikationsnachweis habe der Beigeladene zu 2 hingegen bezüglich des Sicherheitsdienstes vorlegen können, nachdem er die IHK-Prüfung zur Sicherheitskraft bestanden gehabt habe. Ein Konzept hinsichtlich des Trockenbaus habe entsprechend der Intention des Beigeladenen zu 2 auch nicht vorgelegen, sodass diesbezüglich ein Gründungszuschuss wohl auch nicht bewilligungsfähig gewesen wäre. Nachdem der Beigeladene zu 2 den Trockenbau betreffende Rechnungen fast ausschließlich an den Kläger gestellt habe und sich die übrigen Rechnungen auf andere Tätigkeiten bezogen hätten, ergebe sich auch hieraus nichts anderes. Eine selbstständige Tätigkeit könne auch neben einer abhängigen Beschäftigung ausgeübt werden.

Gegen dieses ihm am 07.10.2011 zugestellte Urteil hat der Kläger am 07.11.2011 Berufung beim Landessozialgericht eingelegt und geltend gemacht, dass der Beigeladene zu 2 Angelernter sei. Er habe hierzu in der mündlichen Verhandlung vor dem SG ausgeführt, dass der Beigeladene zu 2 manche Bereiche selbständig habe ausführen können und es im Übrigen im Trockenbau auch Bereiche gebe, die selbst er noch nicht einmal ausführen könne. Der Beigeladene zu 2 habe tatsächlich Leistungen auch gegenüber der Fa. W. angeboten und durchgeführt sowie über My H. nach Aufträgen gesucht. Der Beigeladene zu 2 habe hierzu erläutert, er habe deshalb keine weiteren Bemühungen unternommen, weil er den Trockenbau nur als Übergangslösung angesehen habe. Ein Stundenlohn von 10,00 EUR sei für den Beigeladenen zu 2 besser als gar kein Verdienst gewesen. Weshalb der "Stundenlohn" von 10,00 EUR im Trockenbau für eine abhängige Beschäftigung sprechen solle, ein "Stundenlohn" von minimal 7,50 EUR im Sicherheitsgewerbe aber nicht zu demselben Schluss führe, sei nicht nachzuvollziehen. Spezielle Werkzeuge für die vom Beigeladenen zu 2 angenommenen Arbeiten seien nicht erforderlich gewesen. Erforderliche Werkzeuge - welche sich bereits im Haushalt des Beigeladenen zu 2 befunden hätten - habe dieser selbst mitgebracht. Auch das vom ihm und dem Beigeladenen zu 2 gemeinsam gekaufte Gerüst spreche für eine Selbstständigkeit des Beigeladenen zu 2. Es gebe wohl keinen Arbeitnehmer, der sich zusammen mit seinem Arbeitgeber ein Gerüst anschaffen würde. Vielmehr sei es zwischen Unternehmen nicht unüblich, selten benötigte, aber teure Anschaffungen gemeinsam zu tätigen. Der Beigeladene zu 2 habe stets selbstständig entscheiden können, ob und wann er Trockenbau-Arbeiten habe durchführen wollen. Es sei allein Sache des Beigeladenen zu 2 gewesen, ob und für welche Zeit er ihm seine Leistungen angeboten habe. Er sei von ihm nur projektbezogen beauftragt worden. Auch die Tatsache, dass der Beigeladene zu 2 - nach Annahme eines Auftrags - zu bestimmten Zeiten habe tätig sein müssen, stehe einer Selbstständigkeit nicht entgegen, da auch zwischen Unternehmen Ausführungsfristen vereinbart würden, innerhalb welcher die Leistung zu erbringen sei. Auch seine Kontrolle der Arbeiten des Beigeladenen zu 2 spreche nicht für eine abhängige Beschäftigung. Er habe vielmehr die Arbeiten des Beigeladenen zu 2 gerade deswegen abnehmen müssen, weil dieser als Subunternehmer für ihn tätig gewesen sei. Der Beigeladene zu 2 habe bei seiner Gewerbebeanmeldung neben dem Sicherheitsgewerbe auch den Trockenbau angemeldet. Auch dies spreche für eine selbstständige Tätigkeit in diesem Bereich. Eine persönliche Abhängigkeit habe nicht bestanden. Es sei stets die Entscheidung des Beigeladenen zu 2 gewesen, ob er für ihn tätig werde. Er sei auch nicht in seinen Betriebsablauf eingebunden gewesen, sondern nur für einzelne projektbezogene Arbeiten beauftragt worden. Insbesondere hätten dem Beigeladenen zu 2 auch weitere Einkünfte zur Verfügung gestanden, die er aus anderweitigen Aufträgen erzielt habe. Ein Rückgriff sei nicht ausgeschlossen gewesen, so dass er bei Schlechtleistung des Beigeladenen zu 2 - was nicht vorgekommen sei - auf diesen zurückgegriffen hätte. Ein weiterer Punkt der für die Selbstständigkeit des Beigeladenen zu 2 spreche, sei der, dass dieser eigene Briefbögen verwendet und Rechnungen geschrieben habe. Nach alledem sei festzustellen, dass das tatsächliche Verhältnis zwischen dem Beigeladenen zu 2 und ihm einem Unternehmer/Subunternehmer-Verhältnis entsprochen habe. Selbst unter der Annahme, dass einige der vom Sozialgericht herangezogenen Kriterien für eine abhängige Beschäftigung sprechen könnten, ergebe sich doch keine eindeutige oder auch nur überwiegende Tendenz in Richtung abhängige Beschäftigung. Damit sei der Wille der Beteiligten maßgeblich. Beide hätten kein Beschäftigungsverhältnis begründen wollen.

Der Kläger beantragt, das Urteil des Sozialgerichts U. vom 08.09.2011 und den Bescheid der Beklagten vom 17.11.2009 in Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 17.12.2010 aufzuheben.

Die Beklagte beantragt, die Berufung zurückzuweisen.

Sie hält die angegriffene Entscheidung für zutreffend und den streitgegenständlichen Bescheid für rechtmäßig und führt ergänzend aus, der Kauf eines Gerüsts von geringem Wert gemeinsam mit dem Arbeitgeber stelle kein unternehmerisches Risiko dar. Ein einmaliger "Auftrag" für die Firma W. stelle kein Auftreten am Markt dar. Der Beigeladene zu 2 habe sich auch nicht als Trockenbauer am Markt etablieren wollen. Eine Pflicht zur kostenlosen Nachbesserung sei nicht vertraglich vereinbart gewesen und eine solche sei auch nicht vorgekommen. Auch die Bezahlung entspreche nicht den üblichen Stundensätzen eines Selbstständigen im Trockenbaugewerbe. Hinsichtlich der Weisungsgebundenheit sei auf die Verhältnisse ab Übernahme eines Auftrags abzustellen. Der Beigeladene zu 2 habe ab Übernahme eines Auftrags keine unternehmertypischen Freiheiten hinsichtlich Ort und Zeit gehabt. Auch zu einer fachlich weisungsfreien Arbeit sei er mangels entsprechender Kenntnisse nicht in der Lage gewesen. Die Möglichkeit, einzelne Aufträge abzulehnen, könne zwar als Indiz für eine selbstständige Tätigkeit angesehen werden. Derartige Möglichkeiten hätten jedoch auch abhängig beschäftigte Aushilfs-, Abruf- und Teilzeitkräfte. Mit diesen sei ebenfalls eine Absprache notwendig, ob sie zum benötigten Zeitpunkt zur Verfügung stünden. Maßgeblich seien

deshalb vorrangig die Verhältnisse ab Übernahme des jeweiligen Auftrags. Sprächen diese Verhältnisse - wie hier - eher für eine abhängige Beschäftigung, führe die Ablehnungsmöglichkeit nicht zur Beurteilung als selbständige Tätigkeit. Der Beigeladene zu 2 habe die Leistungen nicht unmittelbar mit den Endkunden vereinbart, sondern habe diese nur im Zusammenwirken mit dem Kläger erbringen können. Eine Gewerbeanmeldung sei kein Kriterium für eine Selbständigkeit.

Die Beigeladenen haben sich nicht geäußert und keine Anträge gestellt.

Mit Verfügung vom 21.02.2012 wurden die Beteiligten darauf hingewiesen, dass der Senat in Betracht ziehe, nach [§ 153 Abs. 4 Sozialgerichtsgesetz \(SGG\)](#) zu entscheiden und ihnen Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sachverhalts sowie des Vorbringens der Beteiligten wird auf den Inhalt der beigezogenen Verwaltungsakte der Beklagten, der Akten der Bundesagentur für Arbeit den Gründungszuschuss des Beigeladenen zu 2 betreffend, der Gerichtsakte des SG und der Berufsgerichtsakte des Senats Bezug genommen.

II. Der Senat entscheidet über die Berufung nach Anhörung der Beteiligten, die für den Senat keinen Anlass zu einem anderen Verfahren gegeben hat, gem. [§ 153 Abs. 4 SGG](#) durch Beschluss, weil er die Berufung einstimmig für unbegründet und eine mündliche Verhandlung nicht für erforderlich hält. Die Berufung des Klägers ist nach [§§ 143, 144 Abs. 1 SGG](#) statthaft. Er wehrt sich gegen den Bescheid, mit dem die Beklagte den sozialversicherungsrechtlichen Status des Beigeladenen zu 2 festgestellt und Beiträge und Umlagen in Höhe von 2.258,58 EUR einschließlich Säumniszuschläge nachgefordert hat. Mit Blick auf diesen Streitgegenstand besteht für die Statthaftigkeit der Berufung keine Einschränkung. Sie ist auch im Übrigen zulässig.

Die Berufung hat jedoch keinen Erfolg. Der streitgegenständliche Bescheid ist rechtmäßig und verletzt den Kläger nicht in seinen Rechten.

Nach [§ 28p Abs. 1 Satz 5 SGB IV](#) erlassen die Träger der Rentenversicherung im Rahmen der Prüfung nach Abs. 1 Satz 1 Verwaltungsakte zur Versicherungspflicht und Beitragshöhe in der Kranken-, Pflege- und Rentenversicherung sowie nach dem Recht der Arbeitsförderung einschließlich der Widerspruchsbescheide gegenüber den Arbeitgebern. Betriebsprüfungen durch den Rentenversicherungsträger haben nach der Rechtsprechung des BSG eine Kontrollfunktion. Sie sollen einerseits Beitragsausfälle verhindern, andererseits die Sozialversicherungsträger davor bewahren, dass aus der Annahme von Beiträgen für nicht versicherungspflichtige Personen Leistungsansprüche entstehen. Der Prüfbescheid stellt sich vor diesem Hintergrund als kombinierte Feststellung von Versicherungspflicht und Beitragsnachforderung dar. Anders als bei der isolierten Feststellung der Sozialversicherungspflicht stehen dabei die Beitragszahlungen im Vordergrund, auch wenn die Klärung des versicherungsrechtlichen Status hierfür Voraussetzung ist. Die Besonderheit eines Bescheides 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. Zu entsprechenden Regelungen war die Beklagte nach [§ 28p Abs. 1 Satz 1](#) 1. Halbs., Satz 4 SGB IV auch hinsichtlich der Umlagen nach dem LFZG zuständig (vgl. BSG SozR 3 2400 § 28p Nr. 1).

Die Beklagte hat in der Sache zu Recht die Tätigkeit des Beigeladenen zu 2 als Trockenbauer beim Kläger für die Zeit vom 01.09.2008 bis 31.03.2009 als in allen Zweigen der Sozialversicherung versicherungspflichtige Beschäftigung beurteilt und Beiträge zur Renten-, Kranken-, Pflege- und Arbeitslosenversicherung sowie Umlagen einschließlich Säumniszuschläge nachgefordert.

Personen, die gegen Arbeitsentgelt beschäftigt sind, unterliegen in der Kranken-, Renten- und Arbeitslosenversicherung ([§ 5 Abs. 1 Nr. 1](#) des Fünften Buches Sozialgesetzbuch - Gesetzliche Krankenversicherung; [§ 1 Satz 1 Nr. 1](#) des Sechsten Buches Sozialgesetzbuch - Gesetzliche Rentenversicherung; [§ 25 Abs. 1](#) des Dritten Buches Sozialgesetzbuch - Arbeitsförderung) und in der Pflegeversicherung ([§ 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1](#) des Elften Buches Sozialgesetzbuch - Soziale Pflegeversicherung) der Versicherungs- und Beitragspflicht. Beurteilungsmaßstab für das Vorliegen einer abhängigen Beschäftigung ist [§ 7 Abs. 1 SGB IV](#). Nach [§ 7 Abs. 1 Satz 1 SGB IV](#) ist Beschäftigung die nichtselbständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis. Nach der ständigen Rechtsprechung des BSG setzt eine Beschäftigung voraus, dass der Arbeitnehmer vom Arbeitgeber persönlich abhängig ist. Erforderlich ist insbesondere eine Eingliederung in den Betrieb und die Unterordnung unter ein Zeit, Dauer, Ort und Art der Arbeitsausführung umfassendes Weisungsrecht des Arbeitgebers (BSGE 38, 53, 57 = SozR 4600 § 56 Nr. 1; BSG SozR 4-2400 § 7 Nr. 1; BSG, Urteil vom 24.01.2007 - [B 12 KR 31/06 R](#) -, veröffentlicht in Juris). [§ 7 Abs. 1 Satz 2 SGB IV](#) bestimmt dementsprechend, dass Anhaltspunkte für eine Beschäftigung eine Tätigkeit nach Weisungen und eine Eingliederung in die Arbeitsorganisation des Weisungsgebers sind. Demgegenüber ist die selbständige Tätigkeit in erster Linie durch das eigene Unternehmerrisiko, das Vorhandensein einer eigenen Betriebsstätte, die Verfügungsmöglichkeit über die eigene Arbeitskraft und die im Wesentlichen frei gestaltete Tätigkeit und Arbeitszeit gekennzeichnet. Ob jemand abhängig beschäftigt oder selbständig tätig ist, hängt davon ab, welche Merkmale überwiegen (siehe zur Verfassungsmäßigkeit der Abgrenzung Bundesverfassungsgericht (BVerfG), Kammerbeschluss vom 20.05.1996 - [1 BvR 21/96](#) = SozR 3-2400 § 7 Nr. 11). Maßgebend ist stets das Gesamtbild der Arbeitsleistung. Ob eine "Beschäftigung" vorliegt, ergibt sich dabei 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.

Nach diesen Grundsätzen überwiegen hier die Merkmale einer unselbständigen Tätigkeit. Der Senat teilt die Auffassung des Sozialgerichts, nimmt deswegen auf die Entscheidungsgründe des angefochtenen Urteils Bezug ([§ 153 Abs. 2 SGG](#)) und sieht von einer eigenen Begründung ab.

Zu ergänzen ist lediglich Folgendes:

Der Beigeladene zu 2 hat ausschließlich für die Tätigkeit als Wach- und Sicherheitskraft einen Gründungszuschuss erhalten, die er ausweislich seines Antrags 50 Stunden pro Woche ausüben wollte. Es besteht kein Zusammenhang mit den hier strittigen Tätigkeiten als Trockenbauer für den Kläger. Im Übrigen ist hervorzuheben, dass die Zusammenarbeit zwischen dem Kläger und dem Beigeladenen zu 2 eine Fortsetzung eines vormals geringfügigen Beschäftigungsverhältnisses und, wenn auch zur Überbrückung der Zeit bis zur - ungewissen - Aufnahme der selbständigen Tätigkeit als Wach- und Sicherheitskraft, auf unbestimmte Dauer angelegt war. Der Kläger, der auf die Mitarbeit des Beigeladenen zu 2 angewiesen war, hat diesen angerufen, ihm vor Ort gezeigt, welche Arbeiten dieser machen sollte und hat diese Arbeiten anschließend abgenommen oder die Arbeiten mit ihm zusammen ausgeführt. Der Beigeladene zu 2 hat weder eigenes

Kapital noch eigenes Know-how eingebracht, sondern war vom Kläger selbst angelernt worden. Der Beigeladene zu 2 hat kein nennenswertes unternehmerisches Risiko getragen. Er wurde insbesondere nach Stunden bezahlt und nicht für ein - abgrenzbares - Teilwerk.

Die Vergütung aufgrund der Rechnungsstellung ist nicht allein ausschlaggebend. Die Annahme einer abhängigen Beschäftigung setzt auch nicht voraus, dass der Beschäftigte im Krankheitsfall Anspruch auf Entgeltfortzahlung haben muss. Auch dies hat das BSG bereits entschieden (BSG [SozR 4-2400 § 7 Nr. 5](#)). Dass der Beigeladene zu 2 unterschiedliche Arbeiten für weitere Auftraggeber wahrgenommen hat, hat auf die Beurteilung der streitigen Tätigkeit keine Auswirkungen, da neben einer abhängigen sowohl weitere abhängige als auch selbständige Tätigkeiten ausgeübt werden können. Die Gewerbeanmeldung spricht für einen entsprechenden Gestaltungswillen, der jedoch nicht ausschlaggebend ist. Damit überwiegen hier eindeutig die Kriterien, die für ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis sprechen.

Der Kläger hatte damit als Arbeitgeber gem. [§ 28e SGB IV](#) Gesamtsozialversicherungsbeiträge zu entrichten. Die Pflicht des Klägers, der keine weiteren Arbeitnehmer beschäftigt hat, zur Zahlung der U-1- und U-2-Umlagen ergibt sich aus §§ 1, 7 Aufwendungsausgleichsgesetz (AAG).

Die Beklagte hat aus den ausgewerteten arbeitszeitbezogenen Abrechnungen die zu zahlenden Gesamtsozialversicherungsbeiträge sowie die Umlagen der Höhe nach zutreffend gem. [§ 28d SGB IV](#) und [§ 7 Abs. 2 AAG](#) berechnet, wie sich aus der Aufstellung zum Bescheid vom 17.11.2009 ergibt.

Nach [§ 24 SGB IV](#) war die Beklagte auch zur Erhebung von Säumniszuschlägen berechtigt und verpflichtet. Wird eine Beitragsforderung durch Bescheid mit Wirkung für die Vergangenheit festgestellt, ist ein darauf entfallender Säumniszuschlag nicht zu erheben, soweit der Beitragsschuldner glaubhaft macht, dass er unverschuldet keine Kenntnis von der Zahlungspflicht hatte. Der unverschuldeten Unkenntnis von der Zahlungspflicht steht sowohl fahrlässiges wie auch vorsätzliches Verhalten i. S. von [§ 276](#) Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) entgegen (vgl. Urteil des BSG vom 01. Juli 2010 – [B 13 R 67/09 R](#) – in juris). Vorliegend mussten nach diesen Vorgaben für den vor Erlass des Prüfbescheides liegenden Zeitraum Säumniszuschläge erhoben werden, weil der Kläger die Sozialversicherungsbeiträge in zumindest fahrlässiger Unkenntnis nicht entrichtet hat. Dem Kläger hätte sich, nachdem die bisher im Rahmen einer geringfügigen Beschäftigung ausgeübte Tätigkeit des Beigeladenen zu 2 ab dem 01.09.2008 ausgeweitet werden sollte, klar sein müssen, dass damit Sozialversicherungspflicht besteht. Nach der Vernehmungsniederschrift des Hauptzollamts vom 30.03.2009 hat der Beigeladene zu 2 selbst erklärt, dass sie auch über Scheinselbständigkeit gesprochen hätten, da sie nichts hätten falsch machen wollen. Der Kläger sei aber der Meinung gewesen, dass es nicht schlimm sei, wenn er in den ersten paar Monaten der Hauptrechnungsempfänger sei. Denn es sei ja normal, dass man am Anfang erst einmal Aufträge brauche. Insofern reicht es aber nicht aus, wenn der Kläger auf seine - irrige - eigene Rechtsansicht vertraut haben sollte. Vielmehr hätte er sich kündigt machen und insbesondere Klarheit im Wege des Anfrageverfahrens herbeiführen können. Auch im Übrigen sind keine Umstände ersichtlich, die ein Vertrauen darauf, dass er keine Beiträge für den Beigeladenen zu 2 zur Sozialversicherung entrichten müsse, hätten rechtfertigen und die Nichtentrichtung hätten entschuldigen können. Für Beiträge, die der Zahlungspflichtige nicht bis zum Ablauf des Fälligkeitstages gezahlt hat, sind für jeden angefangenen Monat der Säumnis ein Säumniszuschlag von eins vom Hundert des rückständigen, auf 50 EUR nach unten abgerundeten Betrages zu zahlen. Die Beklagte hat ausweislich der Anlage zum Bescheid vom 17.11.2009 hinsichtlich der Höhe der Säumniszuschläge für die fälligen Beiträge diese Vorgaben beachtet. [§ 24 SGB IV](#) ist auch auf die U 1- und U 2-Umlagen über [§ 10 AAG](#) anwendbar.

III.

Die Kostenentscheidung zu Lasten des Klägers beruht auf [§ 197a Abs. 1 SGG](#) i.V.m. [§ 154 Abs. 2 VwGO](#), da weder er noch die Beklagte zu den in [§ 183 SGG](#) genannten Personen gehören. Die außergerichtlichen Kosten der Beigeladenen sind ihm nicht aufzuerlegen, weil diese keine Anträge gestellt und damit auch kein Prozessrisiko auf sich genommen haben ([§ 197a Abs. 1 SGG](#) i.V.m. [§§ 154 Abs. 3, 162 Abs. 3 VwGO](#)).

Die Festsetzung des Streitwerts beruht auf [§ 197a Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 1 SGG](#) i.V.m. [§ 63 Abs. 2 Satz 1, § 52 Abs. 3](#) Gerichtskostengesetz. Die Höhe des Streitwerts entspricht in beiden Instanzen der Höhe der Beitragsnachforderung einschließlich der Säumniszuschläge, da die Feststellung der Sozialversicherungspflicht im Rahmen eines Prüfbescheids keine isolierte Entscheidung darstellt und hier auch nicht als solche getroffen werden sollte.

Gründe für die Zulassung der Revision bestehen nicht ([§ 160 Abs. 2 SGG](#)).

Rechtskraft

Aus

Login

BWB

Saved

2012-10-14