

## L 4 R 5123/11

Land  
Baden-Württemberg  
Sozialgericht  
LSG Baden-Württemberg  
Sachgebiet  
Rentenversicherung  
Abteilung  
4  
1. Instanz  
SG Freiburg (BWB)  
Aktenzeichen  
S 1 KR 3843/09  
Datum  
28.09.2011  
2. Instanz  
LSG Baden-Württemberg  
Aktenzeichen  
L 4 R 5123/11  
Datum  
17.05.2013  
3. Instanz  
Bundessozialgericht  
Aktenzeichen  
-  
Datum  
-

Kategorie  
Urteil

Die Berufung der Klägerin gegen das Urteil des Sozialgerichts Freiburg vom 28. September 2011 wird zurückgewiesen.

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

Der Streitwert für das Berufungsverfahren wird endgültig auf EUR 11.627,75 festgesetzt.

Tatbestand:

Die Klägerin wendet sich gegen eine Forderung von insgesamt EUR 11.627,75 (Gesamtsozialversicherungsbeiträge zzgl. Umlagen und Säumniszuschläge).

Gegenstand des Unternehmens der Klägerin, die bis 30. September 2006 als P. Gebäudereinigung GmbH und seither als P. Gebäudereinigung GmbH & CO.KG, vertreten durch die P. Gebäudebeteiligungs-GmbH firmiert, ist die Gebäudereinigung. In den Jahren 2003 bis 2007 hatte die Klägerin nach ihren Angaben neun Mitarbeiter im Büro, vier Bereichsleiter und 450 bis 480 geringfügig beschäftigte Putzkräfte.

Der 1938 geborene Beigeladene zu 1), der von 2004 bis 2. Februar 2007 ein Gewerbe angemeldet hatte, wonach er ein Sonnenstudio betrieb, war bei der Klägerin vom 20. Februar 1980 bis zu seinem Renteneintritt am 1. Mai 2003 als Angestellter abhängig beschäftigt. Sein Aufgabengebiet umfasste nach dem Anstellungsvertrag vom 14./15. Februar 1980 die Werbung von Neukunden, von der Angebotsausarbeitung bis zum Vertragsabschluss und der Personaleinarbeitung, die Kontrolle der neuen, sowie auch bestehenden Objekte innerhalb des Bearbeitungsgebietes (§ 1 des Anstellungsvertrags). Im Laufe der Zeit wurde der Beigeladene zu 1) Betriebsleiter der Klägerin. Seine Tätigkeit erstreckte sich nunmehr auch auf das Personal- und Materialwesen und den Fuhrpark. Er leitete die technische Abteilung der Klägerin und führte die Abteilung Sonderreinigung, machte dort die Einsatzplanung, kontrollierte vor Ort, traf Absprachen mit Architekten etc. und fertigte die Abrechnung. Im Bereich der Unterhaltsreinigung war er nur partiell eingesetzt.

Am 11. März 2003 schlossen die Klägerin und der Beigeladene zu 1) einen Beratervertrag. Nach dessen § 1 sollte der Beigeladene zu 1) seine im bisherigen Berufsleben erworbenen Marktkenntnisse und Kundenkontakte künftig dazu nutzen, die Klägerin insbesondere bei der Akquisition von Neukunden und der logistischen Betreuung von Großkunden zu repräsentieren. Nach § 2 des Beratervertrags war der Beigeladene zu 1) an keine festen Arbeitszeiten gebunden. Es wurde jedoch davon ausgegangen, dass er monatlich mindestens 20 Stunden und nicht mehr als 80 Stunden leistet. Den Ort seiner Leistung bestimmte er nach eigenem Gutdünken. Nach § 3 des Beratervertrags war der Beigeladene zu 1) verpflichtet, seine Tätigkeit zeitlich und gegenständlich zu dokumentieren und hierüber einmal monatlich Rechnung zu legen. Vereinbart wurde ein Stundenentgelt von EUR 50,00 netto zzgl. der jeweils gültigen Mehrwertsteuer. Damit sollten sämtliche Aufwendungen des Beigeladenen zu 1) mitabgegolten sein. Ein darüber hinaus gehender Anspruch auf Aufwendungsersatz/Erstattung wurde verneint. Das Vertragsverhältnis wurde auf unbestimmte Zeit geschlossen. § 5 des Beratervertrags räumte den Vertragspartnern eine Kündigung mit einmonatiger Frist zum jeweiligen Monatsende ein.

Im Mai 2003 setzte der Beigeladene zu 1) seine Tätigkeit bei der Klägerin, die er nur von Februar bis August 2006 unterbrach, fort. Er war auf Abruf vorwiegend im Außendienst tätig. Er suchte im Zusammenhang mit der Bestandskundenpflege und Kundenakquisition Kunden auf, war im Zusammenhang mit der logistischen Betreuung von Großkunden Verbindungsmann und Ansprechpartnerin der Klägerin vor Ort und versorgte und überprüfte bei Bedarf die Mitarbeiter auf den Baustellen. Er stellte der Klägerin mit Ausnahme der Monate November 2006, Juni, Juli und August 2007 für die Monate Oktober 2006 bis Dezember 2007 jeweils ein Beraterhonorar in Höhe von EUR 2.500,00 zuzüglich

Mehrwertsteuer in Höhe von (i.H.v.) EUR 400,00 bis 31. Dezember 2006 bzw. EUR 475,00 ab 1. Januar 2007, insgesamt EUR 2.900,00 bzw. ab 1. Januar 2007 EUR 2.975,00 in Rechnung. Für den Monat November 2006 berechnete er für den halben Monat EUR 1.250,00 zuzüglich Mehrwertsteuer i.H.v. EUR 200,00, insgesamt EUR 1.450,00. Auf der Rechnung für den Monat Dezember 2006 befindet sich der Zusatz: (1. Dez. Url. = Ausgleich siehe 7. Okt.)". Für den Monat Juni 2007 brachte der Beigeladene zu 1) neun Urlaubstage vom 14. bis 26. Juni à EUR 115,00, insgesamt EUR 1.035,00 in Abzug und berechnete zusätzlich einen Überstundenausgleich an Samstagen für sieben Tage à EUR 115,00, insgesamt EUR 1.035,00, wobei er auf einen Anhang verwies. Insgesamt belief sich der Rechnungsbetrag einschließlich Mehrwertsteuer (EUR 431,30) auf EUR 2.701,30. Für die Monate Juli und August 2007 berechnete der Beigeladene zu 1) jeweils einen Betrag einschließlich Mehrwertsteuer (EUR 627,95) i.H.v. EUR 3.932,95, der sich aus dem Beraterhonorar in Höhe von EUR 2.500,00 und einem Überstundenausgleich an Samstagen (wie bekannt) von sieben Tagen à EUR 115,00, insgesamt EUR 805,00 zusammensetzte. Beide Rechnungen wurden handschriftlich dahingehend korrigiert, dass der Betrag für den Überstundenausgleich wieder in Abzug gebracht wurde und jeweils nur EUR 2.975,00 (EUR 2.500,00 Beraterhonorar und EUR 475,00 Mehrwertsteuer) an den Beigeladenen zu 1) bezahlt wurden. Mit Rechnung vom 30. September 2007 stellte der Beigeladene zu 1) "laut Vereinbarung mit Frau B. und Frau F." für die "Urlaubsvertretung von Herrn S. im August und September 2007" pauschal EUR 1.000,00 zuzüglich Mehrwertsteuer (EUR 190,00), insgesamt EUR 1.190,00 in Rechnung. Nach dem von der Klägerin für die Zeit ab 2006 geführten Jahreskonto wurde für den Beigeladenen zu 1) für die Monate September 2006 bis Dezember 2007 Kilometergeld, Telefonkosten, Parkgebühren und Auslagen gebucht. Unter dem 18. Juli 2005 mahnte der Beigeladene zu 1) unter der Bezeichnung Betriebsleiter zusammen mit dem Geschäftsführer der Klägerin eine Mitarbeiterin der Klägerin ab. In der Abmahnung wird unter anderem ausgeführt, dass der Beigeladene zu 1) die Mitarbeiterin diesbezüglich schon mehrmals mündlich verwarnt habe.

Die Bundesversicherungsanstalt für Angestellte, Rechtsvorgängerin der Beklagten (im Folgenden Beklagte) führte bei der Klägerin vom 19. bis 23. März 2004 an drei Tagen eine Betriebsprüfung, den Zeitraum vom 1. April 2000 bis 31. Dezember 2003 betreffend durch. Mit Prüfmitteilung vom 29. März 2004 stellte die Beklagte fest, dass die durchgeführte Prüfung keine Feststellungen ergeben habe.

In der Zeit vom 28. April bis 30. April 2008 führte die Beklagte erneut eine Betriebsprüfung bei der Klägerin für den Prüfzeitraum 1. Oktober 2006 bis 31. Dezember 2007 durch. Nach erfolgter Anhörung setzte die Beklagte durch Bescheid vom 6. August 2008 gegenüber der Klägerin eine Nachforderung von Gesamtsozialversicherungsbeiträgen zzgl. Umlagen (EUR 10.319,75) sowie Säumniszuschlägen (EUR 1.308,00) i.H.v. insgesamt EUR 11.627,75 für den Zeitraum vom 1. Oktober 2006 bis 31. Dezember 2007 fest, weil der Beigeladene zu 1) bei der Klägerin über den 30. April 2003 hinaus versicherungspflichtig beschäftigt gewesen sei. Der Beitragsberechnung legte sie als Einnahmen die von dem Beigeladenen zu 1) berechneten Vergütungen zugrunde. Beiträge zur Arbeitslosenversicherung wurden nur mit dem Beitragsanteil des Arbeitsgebers berücksichtigt, da für den Arbeitnehmeranteil die altersbedingte Versicherungsfreiheit zur Arbeitslosenversicherung gelte. In der Krankenversicherung wurden die Beiträge aus dem Arbeitsentgelt für Bezieher einer Vollrente wegen Alters nach einem ermäßigten Beitragssatz bemessen. In der Rentenversicherung wurde der Klägerin der Beitragsanteil auferlegt, den sie entrichten müsste, wenn der Beigeladene zu 1) versicherungspflichtig wäre.

Hiergegen erhob die Klägerin Widerspruch. Sie trug - wie im Wesentlichen bereits zur Anhörung - vor, dass der Beigeladene zu 1) ab Mai 2003 im Gegensatz zu früher an keine festen Arbeitszeiten gebunden gewesen sei und nicht (mehr) in ihren Betrieb eingegliedert gewesen sei. Sein Entgelt habe der Beigeladene zu 1) in den Jahren 2003 und 2004 unabhängig von konkret geleisteten Arbeitsstunden abgerechnet. Die Honorare hätten der Mehrwertsteuer, die an das Finanzamt abgeführt worden sei, unterlegen. Die Abrechnungen ließen erkennen, dass der Beigeladene zu 1) beratertypisch sogenannte "Mann-Tage" mit EUR 115,00 abgerechnet und in manchen Abrechnungen entweder die Anzahl der abzurechnenden Tage pauschal beziffert oder sogar datiert habe. Wesentliche Betriebsmittel habe sie nicht mehr gestellt. Betrieblich veranlasste Fahrten habe der Beigeladene zu 1) mit dem eigenen PKW unternommen und lediglich Fahrtkosten in Rechnung gestellt. Die Fahrtkostenabrechnungen des Beigeladenen zu 1) dokumentierten, dass er seine Tätigkeit für sie oft stundenweise unterbrochen habe. Der Beigeladene zu 1) habe auch keinen Arbeitsplatz mehr in den Betriebsräumen zugewiesen erhalten. Kaufmännische und/oder Bürotätigkeiten habe er in den Geschäftsräumen seiner Ehefrau und mit eigenen Betriebsmitteln (PC, Telefon etc.) erledigt. Außerdem habe er einen eigenen Gewerbebetrieb geführt. Im Jahr 2006 sei der Beigeladene zu 1) zwischen Februar und August überhaupt nicht mehr für sie tätig gewesen. Dadurch, dass der Beigeladene zu 1) in Einzelfällen Abmahnungen mit der Funktionsbezeichnung "Betriebsleiter" unterschrieben habe, werde er auch nicht zum abhängig Beschäftigten. Allenfalls könne ihr dadurch der Vorwurf gemacht werden, dass sie ein solches Auftreten geduldet habe. Der Beigeladene zu 1) sei schließlich auch von allen ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis charakterisierenden Nachweispflichten suspendiert gewesen. Es habe keine Urlaubsanträge, genehmigte oder verweigerte Urlaube, Nachweise über krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeitszeiten oder dergleichen gegeben.

Der Beigeladene zu 1) äußerte sich auf Nachfrage der Beklagten mit Schreiben vom 14. Februar 2009 dahingehend, dass er bis zum 30. April 2003 vor allem Tätigkeiten im Innendienst verrichtet habe. Er habe zum Beispiel Angebote erstellt, Logistkarbeiten durchgeführt, disponiert und telefonisch beraten. Im Zusammenhang mit der Bestandskundenpflege und Kundenakquisition habe er in erheblichem Umfang Bestandskunden aufgesucht bzw. ins Auge gefasste Neukunden kontaktiert. Im Zusammenhang mit der logistischen Betreuung von Großkunden sei er häufig vor Ort der Verbindungsmann und Ansprechpartner für die Klägerin gegenüber der Bauleitung und den Architekten gewesen. Die Tätigkeiten habe er vor Ort, in den Baubüros, im Auto, stundenweise auch in den Büroräumen der Klägerin verrichtet. Seit 2000 habe er für gewerbliche und private Zwecke ausschließlich seinen eigenen PKW benutzt. Arbeitsmittel aus den Geschäftsräumen seiner Frau seien insoweit genutzt worden, als seine Ehefrau für ihn Buchhaltungs- und Korrespondenzarbeiten erledigt habe. Von Januar bis August 2006 habe er die Tätigkeit unterbrochen, weil er eigentlich keine Lust mehr gehabt habe und auch die Rede davon gewesen sei, dass ein Nachfolger für ihn eingestellt werden sollte. Nachdem dessen Leistungen aber nicht den Erwartungen der Klägerin entsprochen hätten, habe man ihn noch einmal aus dem Ruhestand geholt. Im Fragebogen zur sozialversicherungsrechtlichen Feststellung vom 20. Mai 2008 und in der diesem beigefügten Anlage hatte der Beigeladene zu 1) die Fragen, ob die Klägerin sein Einsatzgebiet ohne seine Zustimmung verändern könne und ob die Einstellung von Vertretern bzw. Hilfskräften durch ihn von der Zustimmung der Klägerin abhängig sei, verneint, und angegeben, dass ihm nach dem Eintritt in den Ruhestand daran gelegen gewesen sei, in größtmöglicher zeitlicher Freiheit, einzelne branchenbezogene Tätigkeiten weiter ausüben zu können. Schwerpunkt seiner Beratertätigkeit sei die Akquisition von Kunden bzw. die Pflege von Bestandskunden, gelegentlich auch noch die Kalkulation von Angeboten gewesen.

Mit Widerspruchsbescheid vom 6. Juli 2009 wies die bei der Beklagten gebildete Widerspruchsstelle den Widerspruch zurück. Zur Begründung führte die Beklagte - wie im Wesentlichen bereits im Bescheid vom 6. August 2008 - aus, der Beigeladene zu 1) habe seine Tätigkeit im

Rahmen einer abhängigen Beschäftigung ausgeübt. Er habe in der von der Klägerin als versicherungsfreien selbstständigen Tätigkeit beurteilten Tätigkeit in wesentlichen Zügen weiterhin die Aufgaben wahrgenommen, die er bereits bis 30. April 2003 innerhalb eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses für die Klägerin ausgeübt habe. Zumindest die wahrgenommenen Aufgaben bezüglich der Neukundenakquise und der Angebotserstellung in der Beschäftigung bis 30. April 2003 bzw. in der selbstständigen Tätigkeit ab 1. Mai 2003 seien identisch gewesen. Ferner liege die Schlussfolgerung nahe, dass der Beigeladene zu 1) auch über den 30. April 2003 hinaus mit der Objektleitung und der Beaufsichtigung des Personals in diesen Objekten beschäftigt gewesen sei, weil er zum Einen nach der Formulierung im Beratervertrag vom 11. März 2003 und den weiteren Ausführungen im Schreiben vom 14. Februar 2009 Ansprechpartner vor Ort gewesen sei. Darüber hinaus gehe auch aus der Abmahnung vom 18. Juli 2005 einer Beschäftigten gegenüber hervor, dass er die Arbeitnehmerin mehrfach verwarnet habe, die ihr obliegenden Aufgaben zukünftig gewissenhafter wahrzunehmen. Dass die Tätigkeiten ähnlich oder zumindest gleich gelagert gewesen seien, ergebe sich des Weiteren aus der Formulierung unter § 1 des Beratervertrags vom 11. März 2003, wonach der Beigeladene zu 1) seine im bisherigen Berufsleben erworbenen Marktkenntnisse und Kundenkontakte künftig nutze, die Klägerin insbesondere bei der Akquisition von Neukunden und der logistischen Betreuung von Großkunden zu repräsentieren. Diese Einschätzung werde durch die Aussage des Beigeladenen zu 1) bestätigt, wonach ihm nach dem Eintritt in den Ruhestand daran gelegen gewesen sei, in größtmöglicher zeitlicher Freiheit einzelne branchenbezogene Tätigkeiten weiter ausüben zu können. Demnach habe es sich um die Fortsetzung der im Rahmen der abhängigen Beschäftigung erbrachten Tätigkeiten gehandelt, auch wenn diese sicherlich im geringeren zeitlichem Umfang und mit einem weniger umfangreichen Aufgabengebiet ausgeübt worden seien. Letzteres lasse aber nicht den Schluss dahingehend zu, dass es sich allein aufgrund dieser Änderungen bereits um eine selbstständige Tätigkeit handle. Für die Beratertätigkeit sei auch weder ein Gewerbe angemeldet noch seien eigene Arbeitnehmer beschäftigt worden. Es hätten auch zeitliche Vorgaben bezüglich der Erledigung der anfallenden Aufgaben existiert. Nach § 2 Satz 2 des Beratervertrages sei eine monatliche Mindestarbeitszeit von 20 Stunden und eine Höchstarbeitszeit pro Monat von maximal 80 Stunden erwartet worden. Die Möglichkeit, die Arbeitszeit frei einzuteilen, sei auch für Angestellte in leitenden Positionen durchaus üblich und deshalb kein Indiz für eine selbstständige Tätigkeit. Des Weiteren hätten nach § 3 Satz 1 des Beratervertrags Dokumentationspflichten des Beigeladenen zu 1) bezüglich des geleisteten Umfangs seiner Tätigkeit bestanden. Dass eine zeitliche Überwachung auch tatsächlich durchgeführt worden und möglich gewesen sei, zeigten die Eintragungen im Fahrtenbuch des Beigeladenen zu 1). Diesen Auszügen könne nicht entnommen werden, dass der Beigeladene zu 1) seine Tätigkeit für die Klägerin oft stundenweise unterbrochen habe, um seinem eigenen Gewerbebetrieb nachzugehen. Mit Blick auf die Erstellung von Angeboten habe es ebenfalls zeitliche Vorgaben durch die Klägerin gegeben. Der Beigeladene zu 1) habe auch angegeben, dass er die Arbeiten zumindest stundenweise in den Büroräumen der Klägerin ausgeübt habe. Im Übrigen genüge es für die Bejahung der Frage, ob Weisungen bezüglich des Arbeitsorts erteilt worden seien, dass der Auftragnehmer sich auf Weisung des Auftraggebers an bestimmte Orte begeben habe, um dort seinen Aufgaben nachzukommen. Dies sei hier der Fall gewesen, da der Beigeladene zu 1) vor Ort Ansprechpartner gewesen sei. Weisungen seien dem Beigeladenen zu 1) bezüglich der Erfüllung von Dokumentationspflichten und im Rahmen der Angebotserstellung durch Beachtung der Preisrichtlinien der Klägerin erteilt worden. Gewisse Handlungsspielräume des Beigeladenen zu 1) ließen nicht auf eine vollkommen weisungsfreie selbstständige Tätigkeit schließen. Dass der Beigeladene zu 1) in die Betriebsabläufe der Klägerin eingegliedert gewesen sei, zeige sich darin, dass es ihm möglich gewesen sei, den Angestellten Weisungen zu erteilen. Dies belege die Abmahnung einer Arbeitnehmerin. Dass dieses Auftreten von der Klägerin lediglich geduldet worden sei, sei zweifelhaft, da ein Vertreter für die Geschäftsführung die Abmahnung mitunterzeichnet habe und die Abmahnung im arbeitsrechtlichen Bereich eine wesentliche Rolle spiele. Außerdem habe der Beigeladene zu 1) die Klägerin im Rahmen der logistischen Kundenbetreuung nach außen vertreten. Er sei dabei nicht wie ein selbstständig Handelnder erkannt worden. Der Beigeladene zu 1) habe auch keine eigenen Arbeits- oder Betriebsmittel angeschafft. Nach seinen Angaben habe seine Ehefrau, soweit sie für ihn Buchhaltungs- und Korrespondenzarbeit erledigt habe, Mittel aus ihrem eigenen Gewerbebetrieb verwendet. Die Tatsache, dass der Beigeladene zu 1) ein eigenes Fahrzeug eingesetzt habe, sei abgesehen davon, dass ihm die Auslagen erstattet worden seien, nicht geeignet, eine eindeutige Abgrenzung mit Blick auf eine selbstständige Tätigkeit vorzunehmen. Schließlich habe kein unternehmerisches Risiko bestanden. Der Beigeladene zu 1) habe keine eigene Preisgestaltung betrieben, man habe sich von vorherein auf einen festen Betrag geeinigt. Die freie Verfügung über die eigene Arbeitskraft ergebe sich auch nicht aus der Möglichkeit, Aufträge abzulehnen, da diese Freiheit jeder abhängig Beschäftigte habe. Auch habe er die Beratertätigkeit nicht für andere Auftraggeber ausgeübt. Dass nach den Angaben des Beigeladenen zu 1) die Klägerin sein Einsatzgebiet nicht einseitig habe verändern können und die Einstellung von Vertretern und Hilfskräften nicht von der Zustimmung der Klägerin abhängig gewesen sei, verbleibe somit als einziges Indiz für eine selbstständige Tätigkeit. Bezüglich Letzterem sei jedoch festzustellen, dass tatsächlich nie eigenes Personal vom Beigeladenen zu 1) hinsichtlich der Beratertätigkeit eingesetzt worden und der Beigeladene zu 1) aufgrund seines langjährigen Erfahrungsschatzes als Berater für die Klägerin tätig geworden sei. Es dürfe deswegen zumindest bezweifelt werden, dass die Klägerin nicht doch ein entsprechendes Veto eingelegt hätte, wenn der Beigeladene zu 1) dazu übergegangen wäre, eigene Hilfskräfte einzusetzen, um die Aufgaben der Klägerin wahrzunehmen. Auch die Forderung der Säumniszuschläge entspreche der Rechtslage. Ein Fall der unverschuldeten Kenntnis bezüglich der Beurteilung des sozialversicherungsrechtlichen Status des Beigeladenen zu 1) liege nicht vor, da der Beigeladene zu 1) weitestgehend gleiche Tätigkeiten in der abhängigen Beschäftigung wahrgenommen habe.

Mit der am 3. August 2009 zum Sozialgericht Freiburg (SG) erhobenen Klage verfolgte die Klägerin ihr Begehren weiter. Sie hielt daran fest, dass der Beigeladene zu 1) ab 1. Mai 2003 selbstständig tätig gewesen sei. Der Umstand, dass ein Beschäftigter nach Erreichen des Rentenalters inhaltlich ähnliche oder sogar gleichartige Tätigkeiten wie zuvor ausübe, könne allein keinen Beweis für eine Fortsetzung oder Wiederaufnahme einer Beschäftigung erbringen. Der Einsatz und die Verwertung von zuvor, oft in jahrzehntelanger Tätigkeit erworbenem know-hows sei gerade wesenstypisch für jede Beratertätigkeit. Darüber hinaus dokumentiere bereits eine Gegenüberstellung von Arbeits- und Beratervertrag, dass die Behauptung, es sei lediglich die Arbeitszeit verkürzt worden, unhaltbar sei. Da der Beigeladene zu 1) nach dem Beratervertrag in der Wahl seiner Arbeitszeit und des Arbeitsorts frei sei, fehle es an der für eine Beschäftigung notwendigen Eingliederung. Im Übrigen würde der im Beratervertrag vereinbarte zeitliche Rahmen zwischen 20 und 80 Stunden in dieser Weite erkennbar gegen zahlreiche arbeitsrechtliche Vorschriften verstoßen. Eine einzige Abmahnung in fünf Jahren Tätigkeit in einem Unternehmen mit einigen hundert Beschäftigten und einer Vielzahl abmahnungswürdiger und abgemahnter Vorgänge taue auch nicht als Beleg für eine Eingliederung. Dokumentationspflichten unterliege im Zweifel jeder Berater. Die Vereinbarung von Terminen, Absprachen oder Leistungszeiten und auch die Akzeptanz von Terminvorgaben Dritter stelle eine Selbstverständlichkeit im Wirtschaftsleben dar. Vom Beigeladenen zu 1) verwendete Arbeitsmittel oder Gerätschaften seiner Ehefrau, seien für sie "fremd". Eine stundenweise Nutzung ihrer Büroinfrastruktur durch den Beigeladenen zu 1) schaffe keinen "Arbeitsplatz" im Rechtssinne. Vorgaben mit Blick auf "Preisrichtlinien" machten Niemanden zum Weisungsempfänger im Sinne einer abhängigen Beschäftigung. Kein taugliches Kriterium für eine abhängige Beschäftigung sei auch, dass der Beigeladene zu 1) nicht als Berater zu erkennen gewesen und für einen Arbeitnehmer gehalten worden sei. Darüber hinaus würden abhängig Beschäftigte im Gegensatz zum Beigeladenen zu 1) im Regelfall Fahrzeuge aus dem Fuhrpark ihres

Arbeitgebers nutzen. Der Beigeladene zu 1) habe auch ein Entgeltrisiko getragen, denn er habe nur tatsächlich abgerufene Beratungsdienstleistungen bezahlt bekommen. Seine Reise- und Fahrtkostenabrechnungen dokumentierten häufig, dass zwischen abgerechneten Fahrten bzw. Fahrzeiten große Freiräume von mehreren Stunden bestünden, und die vom Beigeladenen zu 1) gewünschte und von ihr hingenommene neunmonatige Einstellung jeglicher Tätigkeit sei in abhängigen Beschäftigungsverhältnissen eher die Ausnahme. Auch die Unterhaltung eines eigenen Gewerbebetriebs parallel zur Beratertätigkeit belege, dass der Beigeladene zu 1) die Freiheit gehabt habe, täglich nach eigener Wahl auch eigenen Geschäften nachzugehen. Schließlich habe der Beigeladene zu 1) keine Nachweispflichten bei Krankheit, Urlaub und ähnlichem gehabt und eine Entgeltfortzahlung oder die Zahlung von Urlaubsgeld habe die Beklagte nicht feststellen können. Im Übrigen habe sie die Gesamtsozialversicherungsbeiträge und Umlagen nicht bedingt vorsätzlich vorenthalten. Dies zeige sich auch darin, dass auch die Beklagte bei der Betriebsprüfung im Jahr 2004 die Beitragsfreiheit für den Beigeladenen zu 1) nicht beanstandet habe. Der Vorwurf bedingt vorsätzlicher Handlungsweise lasse sich auch nicht darauf stützen, dass während der Unterbrechung der Beratertätigkeit des Beigeladenen zu 1) ein sozialversicherungspflichtig beschäftigter Arbeitnehmer eingestellt worden sei, denn für sie sei 2006 ungewiss gewesen, ob der Beigeladene zu 1) noch einmal für sie tätig werden würde. Abgesehen davon lege die Beklagte nicht dar, was den 2006 eingestellten Vertreter mit dem Beigeladenen zu 1) vergleichbar mache.

Die Beklagte trat der Klage entgegen. Sie trug unter Bezugnahme auf die angefochtenen Bescheide ergänzend vor, dass die Klägerin zumindest grob fahrlässig von einer selbstständigen Tätigkeit des Beigeladenen zu 1) als Berater ausgegangen sei. Da die zuvor ausgeübte Beschäftigung nahezu identisch mit der Beratungstätigkeit im Bereich Großkundenakquise ausgestaltet gewesen sei, hätte eine Anfrage hinsichtlich der sozialversicherungsrechtlichen Beurteilung des Vertragsverhältnisses im Sinne des [§ 28h Abs. 2](#) Sozialgesetzbuch Viertes Buch (SGB IV) bei der für den Arbeitnehmer zuständigen Einzugsstelle oder ein Statusfeststellungsverfahren nach [§ 7a SGB IV](#) bei ihrer, der Beklagten, Clearingstelle eingeleitet werden müssen, um Rechtssicherheit zu erlangen. Dies habe die Klägerin unterlassen. Auf Vertrauensschutz wegen der Betriebsprüfung im Jahr 2004 könne sich die Klägerin nicht berufen. Die Betriebsprüfung sei mit einer Prüfmittteilung ohne Feststellungen abgeschlossen worden. Insofern sei keine Regelung eines Einzelfalls hinsichtlich des Vertragsverhältnisses zwischen der Klägerin und dem Beigeladenen zu 1) getroffen worden.

Das SG lud mit Beschluss vom 15. Januar 2010 Werner Kroll als Beigeladenen zu 1) und die Bundesanstalt für Arbeit als Beigeladene zu 2) und mit Beschluss vom 1. Oktober 2010 die KKH Allianz als Beigeladene zu 3) und die KKH Allianz Pflegekasse als Beigeladene zu 4) bei.

Mit Ausnahme des Beigeladenen zu 1) äußerten sich die Beigeladenen nicht. Der Beigeladene zu 1), den das SG am 28. September 2011 hörte, erklärte, dass sich seine Aufgaben im Vergleich zum Angestelltenverhältnis bei seiner Beratertätigkeit dahin gehend geändert hätten, dass er keine Angebote mehr habe schreiben müssen, Schreibtischarbeiten weggefallen seien und er im Außendienst tätig gewesen sei, wobei er oftmals von Kunden auf seinem privaten Handy angerufen worden sei. Im November 2003 und 2004 habe er alten Urlaub aus der Zeit seines Angestelltenverhältnisses abgerechnet. Reisekostenabrechnungen seien von ihm geschrieben, jedoch nicht abgerechnet worden. Vielleicht habe er mal Fahrtkosten abgerechnet, wenn er das Fahrzeug seiner Frau genutzt habe. Auch Kosten für die Benutzung des Handys habe er nicht abgerechnet.

Mit Urteil vom 28. September 2011 wies das SG die Klage ab. Zur Begründung legte es dar, die Beklagte habe zutreffend festgestellt, dass der Beigeladene zu 1) im Prüfzeitraum vom 1. Oktober 2006 bis 31. Dezember 2007 in einem versicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnis gestanden sei und deshalb Gesamtsozialversicherungsbeiträge, einschließlich Säumniszuschläge i.H.v. insgesamt EUR 11.627,75 nachzutragen seien. Der schriftlich vereinbarte Beratervertrag sei tatsächlich nicht praktiziert worden. Das Gesamtbild der Arbeitsleistung des Beigeladenen zu 1) entspreche dem eines in den Betrieb der Klägerin eingegliederten Arbeitnehmers. Diese Überzeugung gewinne die Kammer vor allem aus den vom Beigeladenen zu 1) monatlich erstellten Honorarabrechnungen. Sie belegten, dass der Beigeladene zu 1) grundsätzlich jeden Arbeitstag im Monat für die Klägerin seiner Tätigkeit nachzugehen gehabt habe. Eine Abrechnung auf Stundenbasis sei entgegen des Beratervertrags gerade nicht erfolgt. Die monatliche Abrechnung des "Honorars" zeige, dass der Beigeladene zu 1) wie ein Arbeitnehmer gegenüber der Klägerin Rechenschaft über seine monatlichen Arbeitstage abgelegt habe. Auch die Abrechnung seiner Fahrtkosten mit dem privaten PKW wobei er einen solchen nach seinen Angaben im Schreiben vom 14. Februar 2009 bereits ab 2000 genutzt habe - spreche für die Eingliederung des Beigeladenen zu 1) in den Betrieb der Klägerin. Auch insoweit wichen die tatsächlichen Verhältnisse von den in [§ 3 Abs. 2](#) des Beratervertrags geregelten Verhältnissen ab. Die Fahrtkostenerstattungen an den Beigeladenen zu 1) seien von der Klägerin in ihrem Rechnungswesen verbucht worden. Die von der Beklagten errechnete Nachforderung, gegen deren Berechnung die Klägerin keine Einwendungen erhoben habe, begegne keinen rechtlichen Bedenken. Die Klägerin sei auch zur Zahlung von Säumniszuschlägen verpflichtet. Sie habe nicht glaubhaft gemacht, dass sie unverschuldet keine Kenntnis von der Zahlungspflicht gehabt habe. Ein Fahrlässigkeitsvorwurf treffe die Klägerin schon deshalb, weil sie die Tätigkeit des Beigeladenen zu 1) entgegen den Regelungen im Beratervertrag tatsächlich anders geregelt habe. Bei Beachtung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt wäre es deshalb geboten gewesen, dass sich die Klägerin im Rahmen eines Anfrageverfahrens nach [§ 7a SGB IV](#) Klarheit über die rechtliche Einordnung des Beschäftigungsverhältnisses des Beigeladenen zu 1) verschaffe. Damit, dass es im Rahmen einer Betriebsprüfung durch die Beklagte im Jahr 2004 von dieser hinsichtlich der rechtlichen Einordnung der Tätigkeit des Beigeladenen zu 1) zu keinen Beanstandungen gekommen sei, könne sich die Klägerin nicht exkulpieren. Bei Beachtung der erforderlichen Sorgfalt durch die Klägerin wäre es zudem geboten gewesen, dass diese den damaligen Betriebsprüfer auf die von ihr vorgenommene Einstufung der Tätigkeit des Beigeladenen zu 1) als selbstständige Tätigkeit aufmerksam mache und so Rechtsicherheit über eine bestehende Zahlungsverpflichtung erlange.

Gegen das am 25. Oktober 2011 zugestellte Urteil hat die Klägerin am 21. November 2011 Berufung eingelegt. Unter Bezugnahme auf ihr bisheriges Vorbringen trägt sie ergänzend vor, gegen die Auffassung des SG, wonach es sich bei der Tätigkeit des Beigeladenen zu 1) um eine Beschäftigung im Sinne des [§ 7 SGB IV](#) gehandelt habe, spreche nicht nur der Beratervertrag, sondern auch die gelebte Vertragswirklichkeit. Mit dem Beigeladenen zu 1) sei der Beratervertrag geschlossen worden, da für ihn kein geeigneter Nachfolger habe gefunden werden können. Ab 2003 habe sie, die Klägerin, sich gezielt auf die Suche nach einem Ersatz für den Beigeladenen zu 1) begeben. Auf seiner Position seien zwischen 2005 und 2010 fünf Personen beschäftigt gewesen, u.a. zwischen 2006 und 2009 Herr F., der gleichzeitig ihr Geschäftsführer sei. Das Gesamtbild aller Tätigkeitsmerkmale ergebe keine Tätigkeit des Beigeladenen zu 1) im Sinne einer Beschäftigung nach [§ 7 Abs. 1 SGB IV](#). Singulär gebliebene "Ausrutscher", wie die Unterzeichnung einer einzigen Abmahnung, könnten nicht gegen sie ins Feld geführt werden. Dass der Beigeladene zu 1) in der für ihn noch ungewohnten Beraterrolle (wie früher) von Urlaub oder Überstunden gesprochen habe, erkläre sich durch den Umstand, dass er jahrzehntelang abhängig beschäftigt gewesen sei. Über ihr Fahrtkostenkonto seien auch nicht nur die Fahrtkosten des Beigeladenen zu 1), sondern auch der Geschäftsführer abgerechnet worden, ohne dass die Beklagte hierauf eine vermeintliche Rentenversicherungspflicht zu stützen versucht habe. Dem Beigeladenen zu 1) habe es

frei gestanden, wie, wann und ob er die Tätigkeit verrichten wolle. Den Preis, den er dafür zu zahlen gehabt habe, habe er zunächst in der Weise entrichten müssen, dass er bei der anfangs gewährten Pauschalvergütung sein "Zeitkonto" quasi habe belegen müssen. Dies sei für ein Beraterverhältnis keineswegs untypisch. In der Firma sei er nur gewesen, wenn Gespräche hätten geführt werden müssen und er Aufgaben im Betrieb gehabt habe. Ein Büro, Zugang zur EDV oder einen Schlüssel habe er nicht mehr gehabt. Schriftlich dokumentierte Weisungen habe es von ihr, der Klägerin, auch nicht gegeben. Einen Kündigungsschutz habe der Beigeladene zu 1) nicht besessen. Ein unternehmerisches Risiko ergebe sich auch daraus, dass der Beigeladene zu 1) beispielsweise bei einer Beschädigung oder Zerstörung seines PKWs keinen Freistellungs- oder Schadensersatzanspruch nach den Grundsätzen der Haftungsverteilung zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber gehabt habe. Aus der Tatsache, dass der Beigeladene zu 1) einen eigenen Gewerbebetrieb habe, könne ebenfalls auf ein gerütteltes Maß zwangsläufig erforderlicher und unternehmerischer Unabhängigkeit geschlossen werden. Im Übrigen treffe sie kein Verschulden. Sie habe es nicht grob fahrlässig unterlassen, einen Antrag auf ein Verfahren nach [§ 7a SGB IV](#) zu stellen. Sie habe das getan, was ein verantwortlicher Unternehmer tun müsse. Sie habe sich nach den rechtlichen Rahmenbedingungen erkundigt, unter denen ein Berater tätig werden könne und habe diese Rahmenbedingungen in Gestalt eines einfachen Beratervertrages fixieren lassen. Aus ihrer Sicht habe, nachdem auch die Betriebsprüfung 2004 unbeanstandet geblieben sei, kein Zweifelsfall vorgelegen.

Die Klägerin beantragt,

das Urteil des Sozialgerichts Freiburg vom 28. September 2011 und den Bescheid der Beklagten vom 6. August 2008 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 6. Juli 2009 aufzuheben.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie schließt sich den Ausführungen in den Entscheidungsgründen des Urteils an und verweist im Übrigen auf die angefochtenen Bescheide. Ergänzend trägt sie vor, nach § 1 des Beratervertrags habe der Beigeladene zu 1) die Klägerin "bei der Akquisition von Neukunden und der logistischen Betreuung von Großkunden repräsentieren" (Hervorhebung im Original) sollen. Bereits aus dieser Formulierung werde deutlich, dass er Kunden gegenüber - wie zuvor als Beschäftigter - als Repräsentant der Klägerin auftreten und nicht die Klägerin - etwa zu der Frage, wie Neukunden verstärkt gewonnen werden könnten - habe beraten sollen. Letztendlich sei der Beigeladene zu 1) Dritten gegenüber als Vertreter der Klägerin aufgetreten und insoweit in das Unternehmen der Klägerin eingeordnet gewesen. Die von der Klägerin versuchte Erklärung, die vom Beigeladenen zu 1) unterschriebene Abmahnung sei aufgrund (vermeintlicher) "anfänglicher terminologischer Unsicherheiten" ein singulärer "Ausrutscher" gewesen, vermöge nicht zu überzeugen, zumal die Abmahnung mehr als zwei Jahre nach Beginn des "Beraterverhältnisses" erstellt worden sei. Ein unternehmerisches Risiko habe der Beigeladene zu 1) eindeutig nicht getragen. Es sei kein erfolgsabhängiger Dienstleistungsvertrag mit einer Pauschalvergütung für eine definierte Beratungsleistung abgeschlossen worden.

Der Beigeladene zu 1) hat im Rahmen seiner am 18. September 2012 erfolgten Anhörung durch die Berichterstatterin vorgetragen, dass sein Aufgabengebiet im Wesentlichen gleich geblieben sei. Er sei sozusagen das "Mädchen für alles" gewesen. Er habe auf Abruf gearbeitet. Wann er gearbeitet habe, sei von der jeweiligen Baustelle abhängig gewesen. Er habe zwischen halb sechs und sieben Uhr morgens angefangen. Im Schnitt habe er im Jahr 2003 fünf, sieben oder auch nur drei Stunden gearbeitet. Wenn er Urlaub gehabt habe, habe er sich vorher bei der Klägerin abgemeldet. Es sei vereinbart gewesen, dass er Kilometergeld und die Telefonkosten abrechne. Ergänzend hat der Beigeladene zu 1) von ihm an die Klägerin gestellte Rechnungen aus dem Jahr 2009, die Reise-Fahrtkostenabrechnungen Januar 2009 und eine Anweisung von Frau F. bezüglich der Abrechnung vom 16. März 2010 vorgelegt.

Die übrigen Beigeladenen haben sich nicht geäußert. Anträge haben die Beigeladenen nicht gestellt.

Zur weiteren Darstellung des Sachverhalts und des Vorbringens der Beteiligten wird auf die von der Beklagten vorgelegten Verwaltungsakten, die Gerichtsakten beider Rechtszüge sowie die Akten [S 1 KR 3844/09](#) und [L 4 R 5069/11](#) Bezug genommen.

Entscheidungsgründe:

Die gemäß [§ 151 Abs. 1](#) Sozialgerichtsgesetz (SGG) form- und fristgerecht eingelegte Berufung der Klägerin, über die der Senat mit Einverständnis der Beteiligten gemäß [§§ 153 Abs. 1](#), [124 Abs. 2 SGG](#) durch Urteil ohne mündliche Verhandlung entscheidet, ist zulässig, in der Sache jedoch nicht begründet. Das SG hat im angefochtenen Urteil vom 28. September 2011 die Klage zu Recht abgewiesen und zutreffend dargelegt, dass der Bescheid vom 6. August 2008 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 6. Juli 2009 rechtmäßig ist und die Klägerin nicht in ihren Rechten verletzt. Der Beigeladene zu 1) hat seine Tätigkeit im Unternehmen der Klägerin im Zeitraum vom 1. Oktober 2006 bis 31. Dezember 2007 als gesamtsozialversicherungspflichtig Beschäftigter ausgeübt, weshalb die Beklagte zu Recht Gesamtsozialversicherungsbeiträge zuzüglich der Umlage i.H.v. EUR 10.319,75 fordert. Auch die Säumniszuschläge i.H.v. EUR 1,308,00 wurden zurecht festgesetzt.

1. Die Beklagte ist nach [§ 28p Abs. 1 Satz 1 SGB IV](#) für die Nachforderung von Gesamtsozialversicherungsbeiträgen zuständig. Danach erlassen die Träger der Rentenversicherung im Rahmen von Prüfungen bei den Arbeitgebern nach Abs. 1 Satz 1 der Vorschrift Verwaltungsakte zur Versicherungspflicht und Beitragshöhe in der Kranken-, Pflege- und Rentenversicherung sowie nach dem Recht der Arbeitsförderung einschließlich der Widerspruchsbescheide gegenüber den Arbeitgebern.
2. Für die Zahlung von Beiträgen von Versicherungspflichtigen aus Arbeitsentgelt zur gesetzlichen Krankenversicherung, gesetzlichen Rentenversicherung, Arbeitslosenversicherung und sozialen Pflegeversicherung gelten nach [§ 253](#) Fünftes Buch Sozialgesetzbuch (SGB V), [§ 174 Abs. 1](#) Sechstes Buch Sozialgesetzbuch (SGB VI) sowie [§ 60 Abs. 1 Satz 2](#) Elftes Buch Sozialgesetzbuch (SGB XI) die Vorschriften über den Gesamtsozialversicherungsbeitrag ([§§ 28d bis 28n](#) und [28r SGB IV](#)). Diese Vorschriften gelten nach [§ 1 Abs. 1 Satz 2 SGB IV](#), [§ 348 Abs. 1 Satz 1](#) Drittes Buch Sozialgesetzbuch (SGB III) auch für die Arbeitslosenversicherung bzw. Arbeitsförderung. Nach [§ 28e Abs. 1 Satz 1 SGB IV](#) hat den Gesamtversicherungsbeitrag der Arbeitgeber zu zahlen. Als Gesamtsozialversicherungsbeitrag werden nach [§ 28d Satz 1 SGB IV](#) die Beiträge in der Kranken- oder Rentenversicherung für einen kraft Gesetzes versicherten Beschäftigten oder Hausgewerbetreibenden sowie der Beitrag des Arbeitnehmers und der Anteil des Beitrags des Arbeitgebers zur Bundesagentur für Arbeit, der sich nach der

Grundlage für die Bemessung des Beitrags des Arbeitnehmers richtet, gezahlt. Dies gilt auch für den Beitrag zur Pflegeversicherung für einen in der Krankenversicherung kraft Gesetzes versicherten Beschäftigten ([§ 28d Satz 2 SGB IV](#)). Die Mittel zur Durchführung des Ausgleichs der Arbeitgeberaufwendungen im Rahmen der Lohnfortzahlung werden nach dem seit 1. Januar 2006 geltenden [§ 7 Abs. 1 AAG](#) durch eine Umlage von den am Ausgleich beteiligten Arbeitgebern aufgebracht.

Versicherungspflichtig sind in der Krankenversicherung nach [§ 5 Abs. 1 Nr. 1 SGB V](#), in der Rentenversicherung nach [§ 1 Satz 1 Nr. 1 SGB VI](#), in der Arbeitslosenversicherung nach [§ 25 Abs. 1 Satz 1 SGB III](#) und in der Pflegeversicherung nach [§ 20 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 SGB XI](#) gegen Arbeitsentgelt beschäftigte Personen. Beschäftigung ist nach [§ 7 Abs. 1 SGB IV](#) die nichtselbstständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis.

3. Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundessozialgerichts (BSG) 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 Arbeitsprozess" verfeinert sein. Demgegenüber ist eine selbstständige Tätigkeit vornehmlich durch das eigene Unternehmerrisiko, das Vorhandensein einer eigenen Betriebsstätte, die Verfügungsmöglichkeit über die eigene Arbeitskraft sowie die im Wesentlichen frei gestaltete Tätigkeit und Arbeitszeit gekennzeichnet. Ob jemand abhängig beschäftigt oder selbstständig tätig ist, hängt davon ab, welche Merkmale überwiegen (zur Verfassungsmäßigkeit der Abgrenzung zwischen abhängiger Beschäftigung und selbstständiger Tätigkeit Bundesverfassungsgericht [BVerfG], Kammerbeschluss vom 20. Mai 1996 - [1 BvR 21/96](#) -; in juris). Maßgebend ist das Gesamtbild der Arbeitsleistung (vgl. BSG, Urteil vom 24. Januar 2007 - [B 12 KR 31/06 R](#) -; in juris; zum Ganzen zuletzt BSG, Urteil vom 29. August 2012 - [B 12 KR 25/10 R](#) m.w.N.-; in juris).

Das Gesamtbild bestimmt sich nach den tatsächlichen Verhältnissen. Tatsächliche Verhältnisse in diesem Sinne sind die rechtlich relevanten Umstände, die im Einzelfall eine wertende Zuordnung zum Typus der abhängigen Beschäftigung erlauben. Ob eine 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 zu ursprünglich getroffenen Vereinbarungen stehende tatsächliche Beziehung und die sich hieraus ergebende Schlussfolgerung auf die tatsächlich gewollte Natur der Rechtsbeziehung geht der nur formellen Vereinbarung vor, soweit eine - formlose - Abbedingung rechtlich möglich ist. Umgekehrt gilt, dass die Nichtausübung eines Rechts unbeachtlich ist, solange diese Rechtsposition nicht wirksam abbedungen ist. Zu den tatsächlichen Verhältnissen in diesem Sinne gehört daher unabhängig von ihrer Ausübung auch die einem Beteiligten zustehende Rechtsmacht (BSG, Urteil vom 8. August 1990 - [11 RAR 77/89](#) -; Urteil vom 8. Dezember 1994 - [11 RAR 49/94](#) -; beide in juris). In diesem Sinne gilt, dass die tatsächlichen Verhältnisse den Ausschlag geben, wenn sie von den Vereinbarungen abweichen (BSG, Urteil vom 1. Dezember 1977 - [12/3/12 RK 39/74](#) -; BSG, Urteil vom 4. Juni 1998 - [B 12 KR 5/97 R](#) -; BSG, Urteil vom 10. August 2000 - [B 12 KR 21/98 R](#) -; jeweils m.w.N.; alle in juris). Maßgeblich ist die Rechtsbeziehung so, wie sie praktiziert wird, und die praktizierte Beziehung so, wie sie rechtlich zulässig ist (vgl. hierzu insgesamt BSG, Urteil vom 24. Januar 2007 - [B 12 KR 31/06 R](#) -; in juris).

4. Vor diesem Hintergrund bestimmen sich vorliegend die rechtlich relevanten Beziehungen für die Zeit vom 1. Oktober 2006 bis 31. Dezember 2007 nach dem Beratervertrag vom 11. März 2003. Ausgehend hiervon haben die Beklagte und das SG zutreffend die Tätigkeit des Beigeladenen zu 1) bei der Klägerin als abhängige Beschäftigung gewertet.

Der Beigeladene zu 1) war in den Betrieb der Klägerin eingegliedert. Er verrichtete im Außendienst im Wesentlichen dieselben Tätigkeiten wie zuvor in der abhängigen Beschäftigung bis 30. April 2003 (Einlassung des Beigeladenen zu 1) im Erörterungstermin am 18. September 2012; vgl. Niederschrift vom selben Tag). Er war - wie bisher - insbesondere für die Bestandskundenpflege und Neukundenakquisition zuständig, war Verbindungsmann der Klägerin vor Ort und betreute die Baustellen. Die Tätigkeiten verrichtete er, soweit er keine Akquise durchführte, auf den Putz- und Baustellen und teilweise am Firmensitz der Klägerin. Am Firmensitz der Klägerin sprach er sich auch mit den Mitarbeitern der Klägerin ab. Da er aufgrund der reduzierten Arbeitszeit nicht mehr alle Arbeiten verrichten konnte, übernahm diese teilweise ein anderer Mitarbeiter der Klägerin. Während der Unterbrechung der Tätigkeit des Beigeladenen zu 1) von Januar bis August 2006 wurde für ihn ein Mitarbeiter eingestellt (Einlassung des Geschäftsführers der Klägerin im Erörterungstermin am 18. September 2012; vgl. Niederschrift vom selben Tag). Im Rahmen der für die Monate August und September 2007 abgerechneten Urlaubsvertretung wurde er selbst für einen anderen Mitarbeiter der Klägerin tätig. Die Tätigkeiten auf den Putz- und Baustellen und am Firmensitz der Klägerin konnte er auch nur dort ausführen. Damit war der Beigeladene zu 1) weder vollständig weisungsfrei im Hinblick auf den Arbeitsort noch die Arbeitszeit. Die Tätigkeiten auf den Putz- und Baustellen und am Firmensitz der Klägerin konnte er nur dort ausüben. Dass er durch die Akquise regelmäßig Teile der Tätigkeit außerhalb der eigentlichen Betriebsstätten der Klägerin verrichtete, steht der Annahme einer abhängigen Beschäftigung nicht entgegen, denn dies ist für eine Außendiensttätigkeit typisch und wurde so auch zu der Zeit praktiziert, als der Beigeladene zu 1) bei der Klägerin noch abhängig beschäftigt war. Die vom Beigeladenen zu 1) geführten Fahrtenbücher belegen, dass ihn auch Dokumentationspflichten hinsichtlich der Arbeitszeit trafen. Über seine Abwesenheitszeiten unterrichtete der Beigeladene zu 1) die Klägerin. Fehlende inhaltliche Einzelweisungen führen zu keinem anderen Ergebnis. Vielmehr ist die innerhalb eines vorgegebenen Rahmens frei gestaltete Arbeitsleistung bei höher qualifizierten Tätigkeiten üblich, ohne Anhaltspunkt für eine Selbstständigkeit zu sein. Dies gilt insbesondere auch unter Berücksichtigung der Tatsache, dass bezüglich der Führung der einzelnen Mitarbeiter aber auch mit Blick auf die Gespräche mit Architekten etc. nach Bedarf gehandelt werden musste und Einzelweisungen in der Regel der Sachlage nicht gerecht geworden wären. Von daher tritt in der Gesamtwürdigung für die Annahme einer abhängigen Beschäftigung die Eingebundenheit des Beigeladenen zu 1) und ihre "dienende Teilhabe" am Arbeitsprozess in den Vordergrund.

Im Außen- und Innenverhältnis trat der Beigeladene zu 1) weiterhin als Angehöriger der Klägerin auf. Dies ergibt sich bezüglich des Außenverhältnisses bereits aus dem Beratervertrag, wonach er die Klägerin zu repräsentieren hatte. Mit Blick auf das Innenverhältnis wird dies daraus deutlich, dass der Beigeladene zu 1) die Mitarbeiter der Klägerin auf den Baustellen und Putzstellen aufsuchte, diese bei Bedarf mit Material versorgte und - zumindest einmal, wenn auch nicht in der streitgegenständlichen Zeit - auch abmahnte, wobei er die betroffene Mitarbeiterin zuvor mehrfach ermahnt hatte. Dass es sich insoweit um eine anfängliche Unsicherheit nach Wechsel der abhängigen Beschäftigung in eine selbstständige Tätigkeit handelte, ist dadurch widerlegt, dass die Abmahnung zwei Jahre nach Aufnahme der selbstständigen Tätigkeit ausgesprochen wurde.

Der Beigeladene zu 1) trug auch kein nennenswertes unternehmerisches Risiko, was nach der Rechtsprechung des Senats ein besonders gewichtiges Entscheidungskriterium darstellt (vgl. dazu zum Beispiel Urteile des Senats vom 2. September 2011 - [L 4 R 1036/10](#) -; 30. März 2012 - [L 4 R 2043/10](#) - sowie 22. März 2013 - [L 4 KR 3725/11](#) - alle in juris und zuletzt Urteil vom 19. April 2013 - L 4 KR 2078/11 - zur Veröffentlichung vorgesehen). Maßgebliches Kriterium für ein solches Risiko eines Selbstständigen ist, ob eigenes Kapital oder die eigene Arbeitskraft auch mit der Gefahr des Verlustes eingesetzt wird, der Erfolg des Einsatzes der tatsächlichen und sächlichen Mittel also ungewiss ist (vgl. BSG, Urteil vom 25. April 2012 - [B 12 KR 24/10 R](#) -, in juris). Dies war hier nicht der Fall. Der Beigeladene zu 1) hatte für die Tätigkeit bei der Klägerin keine Betriebsausgaben. Soweit er die Büroräume und den PC seiner Ehefrau sowie deren Arbeitskraft nutzte, hatte er keine Ausgaben. Für den Einsatz seines PKWs rechnete er Fahrtkosten ab, wobei insoweit auch darauf hinzuweisen ist, dass der Einsatz des eigenen PKWs auch von abhängig Beschäftigten durchaus üblich ist. Auch im Fall des Beigeladenen zu 1) war dies in der Vergangenheit so. Er nutzte nach seinem ursprünglichen Vortrag ab dem Jahr 2000 seinen privaten PKW beruflich. Nach § 1 des Anstellungsvertrages vom 14./15. Februar 1980 hatte sich der Beigeladene zu 1) bereit erklärt, die Geschäftsfahrten mit seinem privaten PKW vorzunehmen, und er war berechtigt, die Fahrten gegenüber der Klägerin abzurechnen. Auch seine Telefonkosten rechnete er ab 2006 mit der Klägerin ab. Dies entnimmt der Senat dem von der Klägerin geführten Konto und den Angaben des Beigeladenen zu 1). Der Beigeladene zu 1) setzte seine Arbeitskraft auch nicht mit der Gefahr des Verlustes ein. Er erhielt von der Klägerin zunächst in der Zeit von 1. Oktober 2006 bis 31. Dezember 2007 grundsätzlich ein monatliches Honorar i.H.v. EUR 2.500,00 zuzüglich Mehrwertsteuer. Im Monat Juni 2007 erhielt er darüber hinaus einen Überstundenausgleich. Eine Vergütung auf Stundenbasis wurde zwischen Oktober 2006 bis Dezember 2007 zu keiner Zeit gewährt. Die Möglichkeit, diese Einkünfte durch unternehmerisches Geschick zu steigern, hatte er nicht. Er hatte aber auch kein nennenswertes Risiko, diese Einkünfte, wenn er Aufträge ablehnte, im nächsten Monat nicht zu erzielen. Dies wird schon daraus deutlich, dass er monatlich grundsätzlich dasselbe Honorar erhielt. Abgesehen davon gibt das Vorbringen der Klägerin, dass der Beigeladene zu 1) Aufträge hätte ablehnen können, für die Beurteilung, ob es sich um ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis oder eine selbstständige Tätigkeit handelte, nichts her. Da im Falle der Ablehnung kein Anspruch auf weitere Aufträge bestand, entspricht die Situation der eines Angestellten, der bei Ablehnung einer Arbeit ebenso dem Risiko des Arbeitsplatzverlustes ausgesetzt ist (Urteil des Senats vom 19. Oktober 2012 - L 4 KR 761/11 -, in juris). Der Beigeladene zu 1) trat auch nicht am Markt auf und erzielte mit Blick auf die Beratertätigkeit seine gesamten Einkünfte ausschließlich aus der Tätigkeit für die Klägerin. Soweit der Beigeladene zu 1) neben der Beratertätigkeit als Gewerbe ein Sonnenstudio angemeldet hatte, ist dies getrennt zu betrachten.

Dass es sich um eine abhängige Beschäftigung handelte, wird auch daraus deutlich, dass der Beigeladene zu 1) in der monatlichen Abrechnung vom Dezember 2006 einen Urlaubsanspruch geltend machte und im Monat Juni 2007 Urlaubstage in Abzug brachte. Bei einer selbstständigen Tätigkeit wären solche Angaben entbehrlich gewesen.

Die Unterbrechung im Zeitraum von Februar bis August 2006, in der der Beigeladene zu 1) keine Arbeitsleistung erbrachte, kann, abgesehen davon, dass diese Monate nicht den Prüfzeitraum betreffen, nicht als gewichtiges Indiz für eine selbstständige Tätigkeit gewertet werden. Zeiten der Beurlaubung sind in abhängigen Beschäftigungsverhältnissen über längere Zeiträume zwar nicht üblich, aber möglich, so dass dies nicht zur Annahme einer selbstständigen Tätigkeit führt die Unterbrechung jedoch nicht.

Auch das Fehlen eines vertraglichen Urlaubsanspruchs oder eines vertraglichen Anspruchs auf Entgeltfortzahlung stellt kein Indiz für ein Unternehmerrisiko dar. Denn solche Vertragsgestaltungen sind als typisch anzusehen, wenn beide Seiten eine selbstständige freie Mitarbeit wollten. Letztlich ist dies ebenso wie die Geltendmachung von Mehrwertsteuer und Abführung derselben an das Finanzamt, was ebenfalls auf der Tatsache beruht, dass eine selbstständige Tätigkeit gewollt war, nicht entscheidend. Maßgebend ist das Gesamtbild der Arbeitsleistung nach den tatsächlichen Verhältnissen und nicht die von den Beteiligten gewählte vertragliche Beziehung. Solche Vereinbarungen sind im Übrigen eher typisch bei Scheinselbstständigkeit, die die Arbeitnehmerrechte wie die Lohnfortzahlung im Krankheitsfall oder Ansprüche nach dem Bundesurlaubsgesetz und nicht zuletzt die Beitragszahlung zur Sozialversicherung umgehen soll. Dem Arbeitnehmer werden dadurch sämtliche Schutzmöglichkeiten genommen, ohne dass diese im Ergebnis durch unternehmerische Rechte oder gar Gewinne kompensiert wird (vgl. Urteile des Senats vom 12. Dezember 2008 - [L 4 R 3542/05](#) - und vom 2. September 2011 - [L 4 R 1036/10](#) , beide in juris).

Für die Annahme einer selbstständigen Tätigkeit spricht auch nicht der Umstand, dass der Beigeladene zu 1) nach dem Beratervertrag vom 11. März 2003 nicht persönlich tätig werden musste. Denn unabhängig davon, dass dies nie vorkam, steht die Befugnis, Arbeiten an andere Arbeiter zu delegieren, nicht zwingend der Annahme eines Beschäftigungsverhältnisses entgegen. Die Befugnis, die Tätigkeit zu delegieren, ist allein kein entscheidendes Kriterium für eine selbstständige Tätigkeit, weil sie nichts darüber aussagt, in wie weit von ihr Gebrauch gemacht wird, realistischerweise überhaupt Gebrauch gemacht werden könnte und sie damit die Tätigkeit tatsächlich prägt (vgl. BSG, Urteil vom 11. März 2009 - [B 12 KR 21/07 R](#) - in juris). Es gibt Beschäftigungsverhältnisse, bei denen es nicht unbedingt auf die persönliche Arbeitsleistung ankommt, sondern eine Vertretung möglich und üblich ist. Im Übrigen bestehen in diesem Zusammenhang aber auch erhebliche Zweifel, ob die Klägerin tatsächlich mit einer Übertragung auf eine andere Person einverstanden gewesen wäre, nachdem es ihr auf das know-how des Beigeladenen zu 1) entscheidend ankam, auch weil sie keinen gleichwertigen Nachfolger für den Beigeladenen zu 1) finden konnte.

Nicht in die Gesamtabwägung einzustellen ist, dass der Beigeladene zu 1) der Sicherung über die Agentur für Arbeit nicht mehr bedarf, als Altersrentner bereits eine Absicherung sowohl in der Kranken- und Pflegeversicherung hat und mit Hilfe der weiteren Beiträge zur Rentenversicherung nur eine geringe Erhöhung seiner schon gewährten Rente erreicht. Denn die Ersparnis der Beiträge zur Sozialversicherung steht nicht zur Disposition der Beteiligten.

Die Feststellung, dass der Beigeladene zu 1) abhängig Beschäftigter und gesamtsozialversicherungspflichtig war, steht nicht im Widerspruch zu Feststellungen aus der vorangegangenen Betriebsprüfung vom 19. bis 23. März 2004 für den Prüfzeitraum vom 1. April 2000 bis 31. Dezember 2003. Ausweislich der Prüfmitteilung vom 29. März 2004 war der sozialversicherungsrechtliche Status des Beigeladenen zu 1) nicht Gegenstand der Prüfung und diesbezüglich wurden in dieser Prüfmitteilung keine Feststellungen getroffen. Arbeitgeber und Arbeitnehmer können aus den Ergebnissen früherer Prüfungen nur Rechte herleiten, wenn bei der Betriebsprüfung Versicherungspflicht und Beitragshöhe personenbezogen für bestimmte Zeiträume durch gesonderten Verwaltungsakt festgestellt worden sind (BSG, Urteil vom 29. Juli 2003 - [B 12 AL 1/02 R](#) -; in juris; Urteil des Senats vom 19. April 2013 - [L 4 R 2078/11](#) - a.a.O., Kasseler Kommentar-Wehrhahn, Stand 1. Dezember 2012, [§ 28p SGB IV](#) RdNr. 6 a). Die Tatsache, dass keine Beanstandung bezüglich der Einordnung der Tätigkeit des Beigeladenen zu 1) erfolgte, genügt nicht. Es bedurfte deshalb - entgegen der Auffassung des Bayerischen

Landessozialgerichts (Beschluss vom 31. Juli 2012 - L [5 KR 345/12](#) B ER -, in juris) - hinsichtlich der Nachforderung der Beiträge für das Jahr 2003 auch keiner Aufhebung der früheren Prüfmitteilung vom 29. März 2004 nach [§ 45](#) Zehntes Buch Sozialgesetzbuch (SGB X).

5. Die Forderung von Säumniszuschlägen auch für die Vergangenheit beruht auf [§ 24 Abs. 1 SGB IV](#). Danach ist für Beiträge und Beitragsvorschüsse, die der Zahlungspflichtige nicht bis zum Ablauf des Fälligkeitstages gezahlt hat, für jeden angefangenen Monat ein Säumniszuschlag von 1 v.H. des rückständigen, auf EUR 50,00 nach unten abgerundeten Betrags zu zahlen. Wird eine Beitragsforderung durch Bescheid mit Wirkung für die Vergangenheit festgestellt, ist nach [§ 24 Abs. 2 SGB IV](#) ein darauf entfallender Säumniszuschlag nicht zu erheben, soweit der Beitragsschuldner glaubhaft macht, dass er unverschuldet keine Kenntnis von der Zahlungspflicht hatte. So liegt der Fall hier nicht. Die Klägerin hatte nicht unverschuldet keine Kenntnis von der Zahlungspflicht.

Der unverschuldeten Unkenntnis von der Zahlungspflicht steht nach Auffassung des 13. Senats des BSG sowohl fahrlässiges wie auch vorsätzliches Verhalten im Sinne von [§ 276](#) Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) entgegen (BSG, Urteil vom 1. Juli 2010 - [B 13 R 67/09 R](#) -, in juris). Der 12. Senat des BSG hat demgegenüber ausgeführt, für die Frage, ob unverschuldet keine Kenntnis von der Zahlungspflicht vorgelegen habe, sei in Ermangelung anderer Maßstäbe auf diejenigen zurückzugreifen, die das BSG für die Beurteilung des Vorsatzes im Sinne des [§ 25 Abs. 1 Satz 2 SGB IV](#) entwickelt habe (BSG, Urteil vom 26. Januar 2005 - [B 12 KR 3/04 R](#) -, in juris). Für Vorsatz im Sinne des [§ 25 Abs. 1 Satz 2 SGB IV](#) ist das Bewusstsein und der Wille erforderlich, die Abführung der Beiträge zu unterlassen. Direkter Vorsatz ist nicht erforderlich. Es reicht aus, wenn der Arbeitgeber die Beiträge mit (nur) bedingtem Vorsatz vorenthalten hat, also die Beitragspflicht für möglich gehalten, die Nichtabführung der Beiträge aber billigend in Kauf genommen hat (BSG, Urteile vom 30. März 2000 - [B 12 KR 14/99 R](#) - und 17. April 2008 - [B 13 R 123/07 R](#) -, beide in juris). Der Senat braucht im vorliegenden Fall nicht zu entscheiden, ob Fahrlässigkeit im Sinne des [§ 276 BGB](#) ausreicht. Denn jedenfalls ist der Klägerin der Vorwurf des bedingten Vorsatzes zu machen.

Der Beigeladene zu 1) verrichtete nach seinen eigenen Angaben auch noch in der Zeit von Oktober 2006 bis Dezember 2007 zumindest teilweise dieselben Tätigkeiten wie zuvor. Für dessen Tätigkeit stellte die Klägerin ab 1. Mai 2003 immer wieder andere Arbeitnehmer als sozialversicherungspflichtig beschäftigte Arbeitnehmer ein wurden oder dessen Tätigkeit verrichteten andere abhängig beschäftigte Arbeitnehmer. Die Tätigkeit wurde deshalb üblicherweise von sozialversicherungspflichtigen Arbeitnehmern verrichtet. Dies hätte die Klägerin zumindest veranlassen müssen, den Status des Beigeladenen zu 1) durch die Einzugsstelle oder durch die Beklagte im Antragsverfahren nach [§ 7a SGB IV](#) prüfen zu lassen. Dem ist sie jedoch nicht nachgekommen, weshalb sie der Vorwurf des bedingten Vorsatzes trifft.

Etwas anderes lässt sich aus den zuvor genannten Gründen auch nicht auf die im Jahr 2004 erfolgte Betriebsprüfung stützen.

6. Die Höhe der nachgeforderten Gesamtsozialversicherungsbeiträge einschließlich der Umlage und der Säumniszuschläge wurde von der Beklagten zutreffend berechnet. Die Beklagte hat berücksichtigt, dass die Versicherungspflicht des Beigeladenen zu 1) zur Arbeitslosenversicherung mit Ablauf des Monats der Vollendung des 65. Lebensjahres ([§ 28 Nr. 1 SGB III](#)) im April 2003 endete. Die altersbedingte Versicherungsfreiheit zur Arbeitslosenversicherung gilt aber nur für den Arbeitnehmeranteil; der Arbeitgeber muss für die nach [§ 28 Nr. 1 SGB III](#) versicherungsfreien Arbeitnehmers seinen Beitragsanteil tragen ([§ 346 Abs. 3 Satz 1 SGB III](#) i.V.m. [§ 348 Abs. 1](#) i.V.m. [§ 341 Abs. 3 Satz 1 SGB III](#)). In der Krankenversicherung sind die Beiträge aus dem Arbeitsentgelt für den Beigeladenen zu 1) als Bezieher einer Vollrente wegen Alters nach dem ermäßigten Beitragssatz bemessen worden ([§ 243 Abs. 1 SGB V](#) i.V.m. [§ 50 Abs. 1 Nr. 1 SGB V](#)). Aus der Versicherungspflicht in der gesetzlichen Krankenversicherung ergibt sich auch Versicherungspflicht in der sozialen Pflegeversicherung, wobei der ab 1. Januar 2005 geltende Beitragszuschlag in der sozialen Pflegeversicherung von der Beklagten nicht erhoben wurde, da der Beigeladene zu 1) vor dem 1. Januar 1940 geboren wurde ([§ 55 Abs. 3 Satz 7 SGB XI](#)). In der Rentenversicherung hat die Beklagte den Beitragsanteil angesetzt, den der Arbeitgeber entrichten müsste, wenn der Arbeitnehmer versicherungspflichtig wäre ([§ 5 Abs. 4 Nr. 1, 172 Abs. 1 Nr. 1 SGB VI](#)). Bezüglich der Berechnung im Einzelnen verweist der Senat auf die den Bescheiden vom 6. August 2008 beigefügten Anlagen. Einwände sind von der Klägerin insoweit nicht erhoben worden.

7. Die Kostenentscheidung beruht auf [§ 197a SGG](#) i.V.m. [§§ 154 Abs. 2, 162 Abs. 3](#) Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO). Da Klägerin und Beklagte nicht zu den in den in [§ 183 SGG](#) genannten Personen gehören, finden nach [§ 197a SGG](#) die VwGO und das Gerichtskostengesetz (GKG) Anwendung.

8. Zur Zulassung der Revision bestand kein Anlass.

9. Der Streitwert für das Berufungsverfahren wird endgültig auf EUR 11.627,75 festgesetzt. Die Festsetzung des Streitwerts beruht auf [§§ 63 Abs. 2](#) und [3, 52 Abs. 1](#) und [2, 47 Abs. 1 GKG](#). Die Höhe des Streitwerts ergibt sich daraus, dass sich die Klägerin gegen die mit Bescheid vom 6. August 2008 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 6. Juli 2009 erhobene Beitragsforderung i.H.v. EUR 10.319,75 einschließlich der festgesetzten Säumniszuschläge von EUR 1.308,00 wandte und insoweit die Aufhebung dieser Bescheide begehrte. Die Säumniszuschläge nach [§ 24 SGB IV](#) sind mit einzurechnen. Denn es handelt sich nicht um Früchte, Nutzungen, Zinsen oder Kosten im Sinne des [§ 43 GKG](#) (Behn, [ZfS 2005, 198](#) ff). Der Säumniszuschlag soll auch einen Ausgleich dafür schaffen, dass die Beiträge dem Versicherungsträger nicht rechtzeitig zur Verfügung stehen; es handelt sich damit um einen standardisierten Mindestschadensausgleich (BSG, Urteil vom 12. Februar 2004 - [B 13 RJ 28/03 R](#) - in juris).

Rechtskraft

Aus

Login

BWB

Saved

2013-05-22