

L 11 R 5195/13

Land
Baden-Württemberg
Sozialgericht
LSG Baden-Württemberg
Sachgebiet
Rentenversicherung
Abteilung
11
1. Instanz
SG Ulm (BWB)
Aktenzeichen
S 13 R 789/11
Datum
17.10.2013
2. Instanz
LSG Baden-Württemberg
Aktenzeichen
L 11 R 5195/13
Datum
24.02.2015
3. Instanz
Bundessozialgericht
Aktenzeichen
-

Datum
-

Kategorie

Urteil

Leitsätze

Polnische Staatsangehörige, die in den Jahren 2006 bis 2008 bei einer deutschen Baufirma als sog Asphaltleger (hier: Schneiden von Grabenkanten) tätig waren und für ihre Arbeit ein Entgelt nach der Anzahl der geleisteten Stunden erhielten, übten eine sozialversicherungspflichtige Beschäftigung aus. Die Berufung der Klägerin gegen das Urteil des Sozialgerichts Ulm vom 17.10.2013 wird zurückgewiesen.

Die Klägerin trägt die Kosten des Berufungsverfahrens.

Der Streitwert des Berufungsverfahrens wird endgültig auf 64.414,44 EUR festgesetzt.

Tatbestand:

Die Beteiligten streiten im Rahmen der Nachforderung von Sozialversicherungsbeiträgen aufgrund einer Betriebsprüfung über die Sozialversicherungspflicht der Beigeladenen zu 6) und 7).

Die Klägerin betreibt eine Baufirma in der Rechtsform einer GmbH. Gegenstand des Unternehmens ist die "Ausführung von oberflächigen Teerarbeiten, sowie alle damit in Zusammenhang stehenden Tätigkeiten" (Handelsregister Ulm HRB 5 ...). Sie ist spezialisiert auf Asphaltflächen-Wiederherstellung im Handeinbau und wird hauptsächlich als Subunternehmerin für Firmen des Netz- und Kabelbaus tätig. Bei kleineren Gewerken setzt sie zunächst zur Arbeitsvorbereitung eine Einzelperson ("Einmannkolonne") ein, welche die Grabenkanten gerade schneidet. Die nachfolgende Kolonne übernimmt die Asphaltierung. Die Beigeladenen zu 6) und 7) sind polnische Staatsangehörige und verrichteten für die Klägerin ab 01.04.2006 Tätigkeiten der Arbeitsvorbereitung. Schriftliche Verträge gibt es hierzu nicht. Sie hatten beide ab 07.04.2006 ein Gewerbe angemeldet als Asphaltausleger (ohne Straßenbau). Der Beigeladene zu 6) beschäftigte vom 01.03. bis 30.09.2007 einen sozialversicherungspflichtigen Arbeitnehmer. Der Beigeladene zu 7) betreibt in Polen einen landwirtschaftlichen Betrieb. Die Beigeladenen zu 6) und 7) erwarben am 11.06.2008 bzw 06.07.2009 Kraftfahrzeuge (Pkw). Der Beigeladene zu 7) kaufte am 28.11.2007 ein Bosch-Werkzeug (840,34 EUR), am 15.08.2008 eine Stihl Kettensäge (490 EUR), am 06.10.2008 ein Notebook (531,77 EUR) und am 23.10.2008 einen Tieflader-Anhänger (1.638,66 EUR).

Die Beigeladenen zu 6) und 7) stellten für ihre Tätigkeit der Klägerin Rechnungen. Zunächst stellte die Firma H. D. Service (Inhaber T. W.) die Rechnungen aus, Herr W. wurde bis August 2006 für den Beigeladenen zu 7) noch als Ansprechpartner genannt. Ab September 2006 stellte der Beigeladene zu 7) eigene Rechnungen mit einem Stundenlohn von 10 EUR. 2007 stellte der Beigeladene zu 7) insgesamt acht Rechnungen mit einem Stundenlohn von 26 EUR über Beträge zwischen 1.432,24 EUR und 10.048,36 EUR, im Jahr 2008 neun Rechnungen über Beträge zwischen 1.717,17 EUR und 5.337,15 EUR. Der Beigeladene zu 6) stellte 2007 acht Rechnungen mit einem Stundenlohn von 28 bzw 28,50 EUR über Beträge zwischen 2.675,12 EUR und 8.987,48 EUR und 2008 neun Rechnungen mit einem Stundenlohn von 28 EUR über Beträge zwischen 2.781 EUR und 6.952,50 EUR.

Im Rahmen einer Ermittlung des Hauptzollamts Ulm gegen T. W. gab der Beigeladene zu 6) an, er sei im März 2006 auf eine Anzeige des T. W., der Lkw-Fahrer gesucht habe, nach Deutschland gekommen und habe dann ausschließlich bei der Klägerin gearbeitet, die alle Betriebsmittel gestellt habe. Die Arbeit erfolge in Kolonnen, er habe gemacht, was der Kapo gesagt habe. Es sei ein Monatslohn nach geleisteten Stunden gezahlt worden.

Die Beklagte führte bei der Klägerin für den Prüfzeitraum 01.01.2005 bis 31.12.2008 eine Betriebsprüfung durch. Nach Anhörung mit Schreiben vom 22.03.2010 forderte sie von der Klägerin Gesamtsozialversicherungsbeiträge und Umlagen nach dem Lohnfortzahlungsgesetz mit Bescheid vom 20.08.2010 iHv insgesamt 64.414,44 EUR nach. Der Beigeladene zu 6) sei vom 01.04.2006 bis 28.02.2007 und 01.10.2007 bis 31.12.2008 und der Beigeladene zu 7) vom 01.04.2006 bis 31.12.2008 als Asphaltleger versicherungspflichtig in allen Zweigen der Sozialversicherung beschäftigt gewesen.

Mit weiteren Bescheiden vom 20.08.2010 stellte die Beklagte gegenüber den Beigeladenen zu 6) und 7) das Vorliegen eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses ab 01.04.2006 fest.

Die Klägerin und die Beigeladenen zu 6) und 7) erhoben Widerspruch, den die Klägerin damit begründete, ihr Auftragsbestand umfasse maximal drei bis fünf Arbeitstage, längerfristige Planung sei daher oft unmöglich. Spitzenauftragszeiten decke sie mit Subunternehmern ab, die Auftragserteilung erfolge unregelmäßig. Die Auftragnehmer seien nicht weisungsgebunden und nicht in den Betrieb eingegliedert. Im Rahmen der Baustellenbesichtigung sei nur erläutert worden, was gemacht werden müsse. Wie und durch wen sei den Auftragnehmern freigestellt gewesen. Die Auftragnehmer hätten eine höhere Vergütung erhalten als die angestellten Arbeitnehmer. Im Falle der Krankheit habe lediglich eine Nachrichtpflicht bestanden, da die Klägerin ihrerseits an Fristen gebunden gewesen sei. Die Beigeladenen zu 6) und 7) legten auf Aufforderung ihre Gewinnermittlungen vor. Daraus ergaben sich folgende Einnahmen: Beigeladener zu 6) 2006 - 12.171,75 EUR, 2007 - 69.080,06 EUR, 2008 - 64.047,65 EUR; Beigeladener zu 7) 2006 - 7.430 EUR, 2007 - 34.105,20 EUR, 2008 - 43.158,92 EUR).

Mit Widerspruchsbescheid vom 31.01.2011 (zugestellt 07.02.2011) wies die Beklagte den Widerspruch der Klägerin zurück. Die Beigeladenen zu 6) und 7) seien in die Arbeitsorganisation der Klägerin eingebunden, sie unterlägen deren Direktionsrecht und setzten ausschließlich ihre Arbeitskraft ein. Betriebsmittel seien erst 2008 angeschafft worden und von geringem Wert. Die Merkmale für eine abhängige Beschäftigung überwögen.

Mit Widerspruchsbescheiden vom 21.03.2011 wies die Beklagte die Widersprüche der Beigeladenen zu 6) und 7) zurück.

Am 07.03.2011 hat die Klägerin Klage zum Sozialgericht Ulm (SG) erhoben. Sie verweist darauf, dass die Tatsache, dass die Aufträge zu einem bestimmten Zeitpunkt erfüllt werden mussten, nicht für ein Direktionsrecht spreche. Die Klägerin habe nur die Vorgaben der Hauptauftraggeber weitergegeben. Weitere Vorgaben in Bezug auf Arbeitszeiten oder Art der Ausführung habe es nicht gegeben. Teilweise seien Baustellenbesichtigungen vor Ort erfolgt, um das geschuldete Ergebnis abzuklären. Es komme nicht darauf an, dass die Beigeladenen zu 6) und 7) die Leistungen grundsätzlich persönlich erbracht hätten, da sie berechtigt gewesen seien, die Leistungen durch Dritte zu erbringen. Betriebsmittel seien eingesetzt worden, zudem sei hoher Kapitaleinsatz in der Branche nicht üblich. Die Bereitstellung eines Lkw sei bei den Stundensätzen berücksichtigt worden. Die Arbeitskraft sei mit ungewissem Erfolg eingesetzt worden, da nach Erfolg bezahlt worden sei.

Am 30.03.2011 haben auch die Beigeladenen zu 6) und 7) Klage erhoben. Sie machen geltend, dass sie anfangs in der Branche nicht bekannt gewesen seien, weshalb sie hauptsächlich für die Klägerin tätig gewesen seien. Mittlerweile führten sie immer mehr Aufträge für andere Auftraggeber aus. Die Entwicklung bestätige, dass sie von Anfang an selbstständig gewesen seien.

Mit Urteil vom 17.10.2013 hat das SG nach persönlicher Anhörung der Beigeladenen zu 6) und 7) sowie des Geschäftsführers der Klägerin die Klage der Klägerin abgewiesen und auf die Klagen der Beigeladenen zu 6) und 7) die Bescheide vom 20.08.2010 in der Gestalt der Widerspruchsbescheide vom 21.03.2011 aufgehoben sowie im Übrigen (soweit die Feststellung des Vorliegens von Versicherungsfreiheit beantragt war) die Klagen abgewiesen. Zur Begründung hat es ausgeführt, dass der Bescheid der Beklagten vom 20.08.2010 in Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 31.01.2011 rechtmäßig sei und die Klägerin nicht in ihren Rechten verletze. Diese habe keinen Anspruch auf Aufhebung des Nachforderungsbescheides, weil die Tätigkeit der Beigeladenen zu 6) und 7) zu Recht als sozialversicherungspflichtige Tätigkeit zu allen Zweigen der Sozialversicherung eingeordnet worden sei. Da keine Verträge vorlägen, seien allein die tatsächlichen Verhältnisse maßgebend. Obwohl die Beigeladenen zu 6) und 7) nur als sog "Einmannkolonne" in der Arbeitsvorbereitung tätig gewesen seien, seien sie in den Betrieb der Klägerin in organisatorischer Hinsicht eingegliedert gewesen. Ihr Aufgabenbereich habe sich nicht von dem der abhängig beschäftigten Mitarbeiter unterschieden. Sie hätten Tätigkeiten der Arbeitsvorbereitung ausgeführt, die lediglich einer einmaligen Einweisung bedurft hätten und danach ohne weitere Aufsicht oder Kontrolle hätten ausgeführt werden können. Weder habe die Klägerin den Bereich Arbeitsvorbereitung komplett outgesourct, noch die Beigeladenen zu 6) und 7) nur in Spitzenauftragszeiten eingesetzt. Dagegen sprächen schon die (lediglich mit Ausnahme der Winterzeit) monatlich gestellten Rechnungen. Selbst wenn nach den abgerechneten Stunden keine streng regelhaften Arbeitszeiten bestanden hätten, hätten die Beigeladenen zu 6) und 7) letztlich ihre gesamte Arbeitskraft der Klägerin zur Verfügung gestellt. Die Entscheidungsfreiheit beschränke sich lediglich darauf, einen Auftrag anzunehmen oder abzulehnen. Sei der Auftrag angenommen, habe sich die Arbeitseinweisung zu den Baustellen in keiner Weise von der angestellter Mitarbeiter unterschieden. Die Tätigkeit sei offensichtlich so einfacher Natur gewesen, dass sich nach Mitteilung der Adresse der Baustelle weitere Einweisungen erübrigten hätten. Ohne die Arbeitsvorbereitung hätte die Asphaltierung der Oberflächen durch die nachfolgende Kolonne nicht durchgeführt werden können, weshalb die Beigeladenen zu 6) und 7) im laufenden Betrieb dienend tätig und in den Betriebsablauf integriert gewesen seien. Das wesentliche Werkzeug sei von der Klägerin gestellt worden, da der Beigeladene zu 6) im streitigen Zeitraum keine Betriebsmittel und die vom Beigeladenen zu 7) erstmals zum Ende des zweiten Jahres angeschafften Werkzeuge letztlich geringfügig gewesen seien. Auch die Entsorgung des angefallenen Abfalls sei durch die Klägerin erfolgt. Der Beigeladene zu 6) habe bei seiner Vernehmung durch das Hauptzollamt Ulm zudem angegeben, er habe Urlaub erst beim Kapo, dann beim Chef beantragen müssen. Für eine Eingliederung in den Betrieb spreche auch, dass die Beigeladenen zu 6) und 7) zwar keine Sonderzahlungen erhalten, dafür aber am Betriebsausflug nach Österreich teilgenommen hätten. Typische Merkmale einer abhängigen Beschäftigung ließen sich dagegen nicht feststellen. Die Beigeladenen zu 6) und 7) hätten zwar keinen festen Monatslohn erhalten, seien aber nach den geleisteten Stunden vergütet worden. Nach den Angaben des Beigeladenen zu 6) könne man bei der Tätigkeit nichts falsch machen, es sei deshalb nicht vorgekommen, dass eine Arbeitsleistung nicht vergütet worden sei. Es sei nicht ersichtlich, dass mit der fehlenden sozialen Absicherung auch größere unternehmerische Chancen verbunden seien. Über den Prüfzeitraum seien die Beigeladenen zu 6) und 7) an die Klägerin gebunden gewesen, der sie während der tatsächlichen Beschäftigung ihre ganze Arbeitskraft zur Verfügung gestellt hätten. Die vorgelegten Rechnungen für andere Firmen beschränkten sich für den Beigeladenen zu 6) auf zwei Rechnungen aus 2006 an den Handwerker D. S., zu denen er in seiner Vernehmung vor dem Hauptzollamt angegeben habe, er habe im August und September eine Rechnung an Herrn W. stellen müssen, wisse aber nicht, warum. Der Beigeladene zu 7) habe nur eine Rechnung an einen anderen

Auftraggeber gestellt, den "B. S. A.", der unter derselben Adresse ansässig sei wie T. W. und die Beigeladenen zu 6) und 7) zu Beginn ihrer Tätigkeit. In der Gesamtschau überwiegen die für abhängige Beschäftigung sprechenden Indizien.

Die an die Beigeladenen zu 6) und 7) gerichteten Bescheide vom 20.08.2010 in der Gestalt der Widerspruchsbescheide vom 21.03.2011 seien rechtswidrig, da die Beklagte zum Erlass von Statusfeststellungsbescheiden nicht befugt sei, es fehle an einer entsprechenden Rechtsgrundlage.

Gegen das ihrem Bevollmächtigten am 04.11.2013 zugestellte Urteil richtet sich die am 02.12.2013 eingelegte Berufung der Klägerin. Die vom SG genannten Kriterien seien nicht geeignet, eine Eingliederung in den Betrieb der Klägerin zu begründen. Es könne nicht richtig sein, dass nur solche Personen selbstständig seien, die in sich abgeschlossene Tätigkeiten für einen Dritten ausführen. Mit den Beigeladenen zu 6) und 7) seien die Baustellen mehrere Tage im Voraus besichtigt worden, dies finde bei abhängig Beschäftigten nicht statt. Lediglich der Zeitpunkt der Fertigstellung sei vom Auftraggeber der Klägerin vorgegeben, die Beigeladenen zu 6) und 7) hätten sich ihre Arbeit einteilen können. Die Beigeladenen zu 6) und 7) hätten nicht ihre gesamte Arbeitskraft der Klägerin zur Verfügung stellen müssen; es könne dieser nicht angelastet werden, dass die Beigeladenen zu 6) und 7) in den ersten Jahren ihrer Tätigkeit in Deutschland in der Akquise neuer Auftraggeber nicht erfolgreich gewesen seien. Insoweit dürfe die Entwicklung auch über den 31.12.2008 hinaus nicht unberücksichtigt bleiben. Hierzu hat die Klägerin Rechnungen der Beigeladenen zu 6) und 7) an Dritte aus den Jahren 2009 und 2010 vorgelegt. Anders als die beschäftigten Arbeitnehmer hätten die Beigeladenen zu 6) und 7) Aufträge ablehnen können, sie hätten auch das Risiko getragen, dass überhaupt Aufträge erteilt werden. Es sei bereits mehrfach vorgetragen worden, dass eigenes Werkzeug eingesetzt worden sei. Dies begründe ein Unternehmerrisiko. Es sei auch nicht richtig, dass die Beigeladenen zu 6) und 7) Urlaub hätten beantragen müssen. Dem stehe die Aussage des Beigeladenen zu 6) vor dem Hauptzollamt nicht entgegen, denn die Begriffe Kapo und Chef seien von den Beigeladenen zu 6) und 7) für jeden ihrer Auftraggeber verwendet worden. Zudem sei bei der Vernehmung kein Dolmetscher anwesend gewesen. Das Fehlen von Ansprüchen auf Lohnfortzahlung im Krankheitsfall und bezahlten Urlaub sei ein maßgebliches Indiz für selbstständige Tätigkeit. Im Gegensatz zu den abhängig Beschäftigten hätten die Beigeladenen zu 6) und 7) eine erheblich höhere Vergütung erhalten. Es liege eine erfolgsabhängige Vergütung auf Stundenbasis vor, so dass die eigene Arbeitskraft auch mit der Gefahr des Verlustes eingesetzt worden sei. Selbstverständlich wären die Beigeladenen zu 6) und 7) bei mangelhafter Leistung zur Mangelbeseitigung auf eigene Kosten verpflichtet gewesen. Die Beklagte selbst habe den Beigeladenen zu 6) im Zeitraum 01.03. bis 30.09.2007 als Selbstständigen gesehen. Die von ihm verrichtete Tätigkeit für die Klägerin unterscheide sich in keiner Weise von der im streitigen Zeitraum ausgeübten Tätigkeit. Auf die Beschäftigung eines Mitarbeiters komme es insoweit nicht an, denn maßgebend für die Abgrenzung sei allein, ob der Beigeladene zu 6) weisungsabhängig beschäftigt gewesen sei.

Die Klägerin beantragt,

das Urteil des Sozialgerichts Ulm vom 17.10.2013 und den Bescheid der Beklagten vom 20.08.2010 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 31.01.2011 aufzuheben.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Die Abläufe sprächen eher für eine Einbindung der Beigeladenen zu 6) und 7) in einen arbeitsteiligen Gesamtablauf. Die Klägerin habe Termine für die Erledigung vorgegeben. Das Vorbringen, dass die Beigeladenen zu 6) und 7) über die Reihenfolge der Baustellen hätten selbst entscheiden können, könne dahin stehen. Es spreche sehr wohl für eine abhängige Beschäftigung, dass die Beigeladenen zu 6) und 7) ihre Arbeitskraft – zeitweise – der Klägerin in vollem Umfang zur Verfügung gestellt hätten. Die Beklagte bestreite, dass im Prüfzeitraum ein nennenswerter Kapitaleinsatz der Beigeladenen zu 6) und 7) erfolgt sei. Der Einsatz eines privaten Kraftfahrzeugs könne nicht als Merkmal eines Unternehmerrisikos angesehen werden, wenn dieses ausschließlich dazu diene, den Arbeitsort zu erreichen. Es werde um Vorlage von Rechnungen hinsichtlich der eingesetzten Werkzeuge gebeten. Ohne Konkretisierung gehe die Beklagte davon aus, dass im Wesentlichen die Arbeitskraft eingesetzt worden sei. Die Höhe des Entgelts könne den Willen der Vertragsparteien widerspiegeln, dass diese davon ausgegangen seien, dass durch die Klägerin keine Sozialversicherungsbeiträge und Steuern abzuführen seien. Der Wille zu einer selbstständigen Tätigkeit sei nur maßgeblich, wenn die übrigen Vertragsbestimmungen und seine tatsächliche Durchführung dem nicht widersprächen. Bei einfachen und vorwiegend körperlichen Tätigkeiten könne grundsätzlich davon ausgegangen werden, dass diese in einem Beschäftigungsverhältnis ausgeübt würden. Aus der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts (BSG), dass das Fehlen eines Unternehmerrisikos durch größere Freiheiten bei der Ausübung der Tätigkeit kompensiert werden könne, lasse sich der Schluss ziehen, dass bei höher qualifizierten Tätigkeiten eher von einem Kapitaleinsatz abgesehen werden könne. Die weiteren von der Klägerin angeführten Punkte, die das SG übersehen habe, seien bereits vorgetragen und für die Gesamtabwägung nicht ausschlaggebend gewesen.

Die Beigeladenen haben sich im Berufungsverfahren nicht geäußert und keine Anträge gestellt.

Bezüglich des weiteren Vorbringens der Beteiligten und der weiteren Einzelheiten des Sachverhalts wird auf die Gerichtsakten beider Rechtszüge sowie die beigezogene Verwaltungsakte der Beklagten verwiesen.

Entscheidungsgründe:

Die Berufung der Klägerin hat keinen Erfolg.

Die Berufung ist nach §§ 143, 144, 151 Sozialgerichtsgesetz (SGG) zulässig. Sie ist form- und fristgerecht nach § 151 SGG erhoben worden. Ein Berufungsausschlussgrund nach § 144 Abs 1 SGG ist nicht gegeben, denn die Berufung betrifft eine Beitragsforderung iHv 64.414,44 EUR.

Die Berufung ist allerdings unbegründet. Das SG hat zu Recht die Klage abgewiesen. Streitgegenstand des Berufungsverfahrens ist allein der gegen die Klägerin gerichtete Bescheid der Beklagten vom 20.08.2010 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 31.01.2011. Dieser ist rechtmäßig und verletzt die Klägerin nicht in eigenen Rechten. Die Beklagte konnte nach § 28p Abs 1 Satz 5 Sozialgesetzbuch

Viertes Buch (SGB IV) die Verwaltungsakte zur Versicherungspflicht und Beitragshöhe in der Kranken-, Pflege- und Rentenversicherung sowie nach dem Recht der Arbeitsförderung erlassen. Dies gilt auch in Bezug auf die Nachforderung von Umlagen zum Ausgleich der Arbeitgeberaufwendungen bei Krankheit und Mutterschutz (U 1/U 2) nach dem Aufwendungsausgleichsgesetz, weil Gegenstand der Betriebsprüfung ebenfalls die Umlagen U 1 und U 2 sind (so in Bezug auf die insoweit vergleichbare Rechtslage nach dem Lohnfortzahlungsgesetz BSG 30.10.2002, [B 1 KR 19/01 R](#), SozR 3-2400, § 28p Nr 1; siehe auch: Roßbach, in: Kreikebohm/Spellbrink/Waltermann (Hg.), Kommentar zum Sozialrecht, 3. Aufl 2013, [§ 28p SGB IV](#) RdNr 4, 12).

Der Bescheid der Beklagten vom 20.08.2010 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 31.01.2011 ist formell rechtmäßig. Nach [§ 28p Abs 1 Satz 1 SGB IV](#) prüfen die Träger der Rentenversicherung bei den Arbeitgebern, ob diese ihre Meldepflichten und ihre sonstigen Pflichten nach diesem Gesetzbuch, die im Zusammenhang mit dem Gesamtsozialversicherungsbeitrag stehen, ordnungsgemäß erfüllen, und sie sind nach [§ 28p Abs 1 Satz 5 SGB IV](#) auch für den Erlass der entsprechenden Verwaltungsakte einschließlich der Widerspruchsbescheide gegenüber dem Arbeitgeber zuständig. Die Prüfung umfasst ua nach [§ 28p Abs 1 Satz 4 SGB IV](#) auch die Prüfung der Entgeltunterlagen der Beschäftigten, für die keine Beiträge gezahlt wurden. Die vor Erlass des Bescheides vom 20.08.2010 nach [§ 24 Abs 1](#) Sozialgesetzbuch Zehntes Buch (SGB X) erforderliche Anhörung hat die Beklagte mit Anhörungsschreiben vom 22.03.2010 vorgenommen. Die Stellungnahme der Klägerin ist im Bescheid vom 20.08.2010 berücksichtigt worden. Dass die Klägerin und die Beklagte die Sach- und Rechtslage unterschiedlich bewerten, berührt weder die Rechtmäßigkeit der durchgeführten Anhörung noch die formelle Rechtmäßigkeit der Bescheide der Beklagten insgesamt.

Der Bescheid der Beklagten vom 20.08.2010 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 31.01.2011 ist auch materiell rechtmäßig. Die Beigeladenen zu 6) und 7) sind in Bezug auf die Tätigkeit im Asphaltbau für die Klägerin im Zeitraum vom 01.04.2006 bis 31.12.2008 (mit Ausnahme der Tätigkeit des Beigeladenen zu 6) vom 01.03. bis 30.09.2007) als Beschäftigte im Sinne des [§ 7 Abs 1 SGB IV](#) tätig gewesen und unterliegen damit, da die Beschäftigung auch gegen Entgelt ([§ 14 Abs 1 Satz 1 SGB IV](#)) erfolgte, der Versicherungspflicht in der gesetzlichen Rentenversicherung ([§ 1 Abs 1 Nr 1](#) Sozialgesetzbuch Sechstes Buch), der gesetzlichen Krankenversicherung ([§ 5 Abs 1 Nr 1](#) Sozialgesetzbuch Fünftes Buch), der sozialen Pflegeversicherung ([§ 20 Abs 1 Satz 2 Nr 1](#) Sozialgesetzbuch Elftes Buch) und der Arbeitslosenversicherung ([§ 25 Abs 1](#) Sozialgesetzbuch Drittes Buch (SGB III)).

Nach [§ 7 Abs 1 Satz 1 SGB IV](#) ist Beschäftigung die nichtselbständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis; gemäß [§ 7 Abs 1 Satz 2 SGB IV](#) sind Anhaltspunkte für eine Beschäftigung eine Tätigkeit nach Weisungen und eine Eingliederung in die Arbeitsorganisation des Weisungsgebers. Nach der ständigen Rechtsprechung des BSG (BSG 20.03.2013, [B 12 R 13/10 R](#), SozR 4-2400 § 7 Nr 19) erfordert eine Beschäftigung, dass der Arbeitnehmer vom Arbeitgeber abhängig ist. Bei einer Beschäftigung in einem fremden Betrieb ist dies der Fall, wenn der Beschäftigte in den Betrieb eingegliedert ist und dabei einem Zeit, Dauer, Ort und Art der Ausführung umfassenden Weisungsrecht des Arbeitgebers unterliegt. Diese Weisungsgebundenheit kann eingeschränkt und zur funktionsgerecht dienenden Teilhabe am Arbeitsprozess verfeinert sein. Demgegenüber ist eine selbständige Tätigkeit vornehmlich durch das eigene Unternehmerrisiko, das Vorhandensein einer eigenen Betriebsstätte, die Verfügungsmöglichkeiten über die eigene Arbeitskraft und die im Wesentlichen frei gestaltete Tätigkeit und Arbeitszeit gekennzeichnet. Ob jemand abhängig beschäftigt ist oder selbstständig tätig ist, richtet sich ausgehend von den genannten Umständen nach dem Gesamtbild der Arbeitsleistung und hängt davon ab, welche Merkmale überwiegen (zur Verfassungsmäßigkeit der Abgrenzung zwischen abhängiger Beschäftigung und selbstständiger Tätigkeit: Bundesverfassungsgericht 20.05.1996, [1 BvR 21/96](#), SozR 3-2400 § 7 Nr 11). Maßgebend ist stets das Gesamtbild der Arbeitsleistung (vgl BSG 24.01.2007, [B 12 KR 31/06 R](#), SozR 4-2400 § 7 Nr 7).

Nach den genannten Grundsätzen überwiegen zur Überzeugung des Senats in der Zusammenschau aller Aspekte die Einzelaspekte, die für eine Beschäftigung sprechen, so dass nach dem Gesamtbild der Arbeitsleistung eine Beschäftigung gegeben ist.

Ausgangspunkt für die Beurteilung ist zunächst das Vertragsverhältnis der Beteiligten, so wie es sich aus den von ihnen getroffenen Vereinbarungen ergibt oder sich aus ihrer gelebten Beziehung erschließen lässt (Senatsurteil vom 18.07.2013, [L 11 R 1083/12](#) - juris). Eine im Widerspruch zu ursprünglich getroffenen Vereinbarungen stehende tatsächliche Beziehung und die sich hieraus ergebende Schlussfolgerung auf die tatsächlich gewollte Natur der Rechtsbeziehungen 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. Maßgeblich ist die Rechtsbeziehung so, wie sie praktiziert wird und die praktizierte Beziehung so, wie sie rechtlich zulässig ist (BSG 29.08.2012, [B 12 KR 25/10 R](#), SozR 4-2400 § 7 Nr 17).

Dass kein schriftlicher Vertrag über die Tätigkeit der Beigeladenen zu 6) und 7) vorliegt, schließt eine Beschäftigung nicht aus, denn eine solche kann sowohl mündlich vereinbart werden als auch durch faktischen Vollzug entstehen. Die Beigeladenen zu 6) und 7) waren verpflichtet, als sog "Einmannkolonne" im Rahmen der Arbeitsvorbereitung insbesondere Kanten gerade zu schneiden. Hierbei handelte es sich nach den übereinstimmenden Angaben der Klägerin und der Beigeladenen zu 6) und 7) um eine einfache Tätigkeit, die nach einmaliger Einweisung keiner weiteren Erläuterungen oder Weisungen bedurfte. Nach den Angaben des Geschäftsführers der Klägerin H. in der mündlichen Verhandlung vor dem SG bekam der (einmal eingewiesene) Arbeiter morgens nur noch den Baustellenzettel, wo und was zu tun sei und nach Retourenmeldung wurde dann die nächste Kolonne zum Asphaltieren losgeschickt. Der Senat geht daher davon aus, dass Einzelweisungen insoweit nicht erforderlich waren, weder für die fest angestellten Arbeiter, die ebenfalls diese Tätigkeit ausgeübt haben, noch für die Beigeladenen zu 6) und 7). Die Tätigkeit der Beigeladenen zu 6) und 7) wurde nach einem festen Stundensatz vergütet, der im Laufe der Zeit angestiegen ist. Die Vereinbarung eines festen Stundensatzes anstelle einer Vergütung etwa nach konkret begründeten Kantenlängen entspricht der typischen Entlohnung eines abhängig Beschäftigten. Dafür, dass nach der Vereinbarung zwischen der Klägerin und den Beigeladenen zu 6) und 7) ein konkreter Erfolg geschuldet war - wie von der Klägerin pauschal behauptet - gibt es keinerlei Anhaltspunkte. Die Vergütung erfolgte unabhängig davon, wie schnell oder langsam gearbeitet wurde nach den tatsächlich gearbeiteten Stunden. Eine Nachbesserung oder Schadensbeseitigung auf Kosten der Beigeladenen zu 6) und 7) ist in keinem einzigen Fall erfolgt. Ob dies daran lag, dass man bei der Tätigkeit "nichts falsch machen" konnte (so der Beigeladene zu 6) in der Verhandlung vor dem SG) oder daran, dass die Beigeladenen zu 6) und 7) versierte Kräfte waren (so die Klägerin), kann offenbleiben. Letztlich gibt es keinen Beleg, dass die Vergütung tatsächlich von einem konkreten Erfolg der Tätigkeit abhing. Im Ergebnis stellt sich die Vergütung als Lohnzahlung dar. Selbst wenn es sich bei der Abrechnung nach Stunden um die geeignetste Abrechnungsmodalität handeln sollte, entspricht die Stundenvergütung einem aus einer abhängigen Beschäftigung resultierenden Arbeitsentgelt.

Bei Ausübung ihrer Tätigkeit für die Klägerin benutzten die Beigeladenen zu 6) und 7) im Wesentlichen Betriebsmittel der Klägerin. In der Vernehmung vor dem Hauptzollamt hat der Beigeladene zu 6) ausgesagt, die Klägerin stelle alle Betriebsmittel. Die Pkw, mit denen die Beigeladenen zu 6) und 7) zu den Baustellen gefahren sind, stellen keine wesentlichen Betriebsmittel dar und wurden zudem erst gegen Ende des Prüfzeitraums erworben. Belege für den Erwerb weiterer Betriebsmittel durch den Beigeladenen zu 6) bis Ende 2008 liegen nicht vor, die vom Beigeladenen zu 7) gekauften Arbeitsmittel begründen keinen erheblichen Kapitaleinsatz. Lediglich der Tieflader-Anhänger stellt mit 1.638,66 EUR einen gewissen Wert dar, er wurde indes erst Ende Oktober 2008 erworben und spielt daher für den Prüfzeitraum keine erhebliche Rolle. Hinzu kommt, dass die Beigeladenen zu 6) und 7) in den Fragebögen des Hauptzollamts Ulm, die in deutscher und polnischer Sprache gehalten sind, beide im Frühjahr 2009 angegeben haben, für die Arbeit Lkw der Klägerin eingesetzt zu haben, die kostenfrei zur Verfügung gestellt wurden. Das Fehlen eigener Verfügungsgewalt über die wesentlichen Arbeitsmittel spricht gegen eine Selbständigkeit der Beigeladenen zu 6) und 7) und für eine Eingliederung in den Betrieb der Klägerin.

Der Beigeladenen zu 6) und 7) waren, nachdem sie einen Auftrag der Klägerin angenommen hatten, bei den Asphaltarbeiten in die Arbeitsorganisation der Klägerin eingebunden und unterlag im Sinne der ständigen Rechtsprechung des BSG einem Zeit, Dauer, Ort und Art der Ausführung umfassenden Weisungsrecht der Klägerin. Durch die Übernahme eines Auftrags verpflichteten sich die Beigeladenen zu 6) und 7) gegenüber der Klägerin, den Auftrag entsprechend aus- und durchzuführen. Sie hatten dann die mit dem Auftrag verbundenen Vorgaben für die Tätigkeiten, etwa in Bezug auf die anzufahrende Baustelle oder den Erledigungszeitraum gegenüber der Klägerin einzuhalten und unterlagen insoweit der Kontrolle und den Weisungen der Klägerin; sie waren mit der Übernahme in der Gestaltung ihrer Tätigkeit und in ihrer Arbeitszeit nicht mehr frei. Selbst wenn sich die weiteren Vorgaben zur Erledigung des Auftrags aus der Natur der Sache von selbst ergeben sollten, werden diese Vorgaben mit der Übernahme des Auftrags für die Beigeladenen zu 6) und 7) gerade gegenüber der Klägerin verpflichtend und besteht für diese dann ihnen gegenüber ein Weisungsrecht. Dem steht nicht entgegen, dass die Beigeladenen zu 6) und 7) hinsichtlich der Reihenfolge der abzuarbeitenden Baustellen möglicherweise frei waren, denn die Einbindung in die Arbeitsabläufe der Klägerin liegt gleichwohl vor. Bestätigt wird dies durch die eigenen Ausführungen des Geschäftsführers der Klägerin vor dem SG, denn die gesamte Verzahnung und Koordinierung der einzelnen Kolonnen spricht für einen funktionsgerecht dienenden Einsatz der Beigeladenen zu 6) und 7) und damit eine Eingliederung in den Betriebsablauf der Klägerin. Dies entspricht auch den Angaben der Beigeladenen zu 6) und 7) in den bereits erwähnten Fragebögen des Hauptzollamts Ulm, in den beide angegeben hatten, dass ihnen Weisungen hinsichtlich der Ausführung der Arbeit erteilt werden.

Zwar kann die Möglichkeit, Aufträge anzunehmen oder abzulehnen, als Indiz für das Vorliegen einer selbständigen Tätigkeit angesehen werden, weil damit die Beigeladenen zu 6) und 7) über den Umfang ihrer Tätigkeit selbst bestimmten. Doch sind ebenso im Rahmen abhängiger Beschäftigung Vertragsgestaltungen nicht unüblich, die es weitgehend dem Beschäftigten überlassen, wie er im Anforderungsfall tätig werden will oder ob er eine Anfrage ablehnt (LSG Baden-Württemberg 18.07.2013, [L 11 R 1083/12](#) - juris). In Abruf- oder Aushilfsbeschäftigungsverhältnissen, in denen auf Abruf oder in Vertretungssituationen, beispielsweise bei Erkrankung und Ausfall von Mitarbeitern, lediglich im Bedarfsfall auf bestimmte Kräfte zurückgegriffen wird, kann die Möglichkeit eingeräumt sein, eine Anfrage abzulehnen. Wird allerdings die Anfrage angenommen, so wird die Tätigkeit in persönlicher Abhängigkeit in einem fremden Betrieb und damit im Rahmen einer abhängigen Beschäftigung ausgeübt und stellt die Tätigkeit nicht allein wegen der vorhandenen Ablehnungsmöglichkeiten eine selbständige Tätigkeit dar. Wenn die Beigeladenen zu 6) und 7) den Auftrag angenommen hatten, mussten sie auftragsgemäß handeln; mit der Annahme eines Auftrags wurden sie auch zeitlich gebunden.

Auch wenn die Beigeladenen zu 6) und 7) nicht jeden Tag im streitgegenständlichen Zeitraum, sondern lediglich an einzelnen Tagen bzw für einen bestimmten Zeitraum auch an mehreren Tagen nacheinander tätig waren, spricht dies nicht gegen das Vorliegen einer Beschäftigung. Ein Tätigwerden an einzelnen Arbeitstagen oder mehreren hintereinander und nicht durchgehend und kontinuierlich über einen längeren Zeitraum ist in abhängigen Beschäftigungsverhältnissen durchaus üblich, gerade in Teilzeit-, Aushilfs- oder Abrufbeschäftigungen. Es handelt sich dabei um ein Dauerschuldverhältnis, für das in aller Regel eine Rahmenvereinbarung getroffen wird. So wurde vorliegend im Voraus pauschal der Stundensatz bestimmt sowie ein Tätigwerden auf Anfrage der Klägerin und ein Ablehnungsrecht der Beigeladenen zu 6) und 7) vereinbart. Die einzelnen Arbeitseinsätze wurden damit zu identischen Bedingungen durchgeführt und abgerechnet. Die Tätigkeit der Beigeladenen zu 6) und 7) entspricht insoweit der einer Aushilfskraft oder eines Beschäftigten auf Abruf. Die Annahme eines Werkvertrages für einzelne Einsätze oder im Hinblick auf die Tätigkeiten in einem bestimmten Zeitraum ist insofern fernliegend. Wie bereits oben ausgeführt, erfolgte die Bezahlung nach der Zahl der gearbeiteten Stunden, nicht danach, ob ein bestimmter Erfolg mit der Tätigkeit erreicht wurde oder nicht; die Vergütungspflicht hing nicht von einem Erfolg ab. Die Beigeladenen zu 6) und 7) stellten allein ihre Arbeitskraft als Asphaltbauer zur Verfügung.

Für die Beigeladenen zu 6) und 7) bestand auch kein unternehmerisches Risiko. Sie setzten letztlich nur ihre Arbeitskraft - und keine wesentlichen Arbeitsmittel mit der ungewissen Aussicht darauf, Einnahmen zu erzielen - ein. Die Belastung mit Risiken gerade im Zusammenhang mit der - hier im Vordergrund stehenden - Verwertung der Arbeitskraft spricht jedoch nur dann für Selbstständigkeit, wenn ihr auch eine größere Freiheit bei der Gestaltung und der Bestimmung des Umfangs des Einsatzes der eigenen Arbeitskraft gegenüber steht (vgl BSG 13.07.1978, [12 RK 14/78](#), SozR 2200 § 1227 Nr 17; BSG 04.06.1998, [B 12 KR 5/97 R](#), [SozR 3-2400 § 7 Nr 13](#) mwN). Dies war hier aber nicht der Fall. Da für die Tätigkeit der Beigeladenen zu 6) und 7) ein pauschaler Stundensatz im Voraus vorgesehen war, waren diese nicht der Gefahr eines finanziellen Verlusts ausgesetzt. Soweit das Unternehmerrisiko darin gesehen werden könnte, keine Aufträge zu erhalten, ist das Risiko, nicht durchgehend und kontinuierlich arbeiten zu können, ein Risiko, das jeden Arbeitnehmer treffen kann, der nur auf Abruf beschäftigt ist. Ein Unternehmerrisiko kann nur dann angenommen werden, wenn eine Gefahr vorliegt, die über diejenige hinausgeht, kein Entgelt zu erzielen. Dies ist der Fall, wenn bei Auftragsmangel nicht nur kein Einkommen erzielt wird, sondern auch zusätzliche Kosten für betriebliche Investitionen brach liegen (LSG Sachsen 04.03.2014, [L 5 R 425/12](#) - juris). Hierfür bestehen jedenfalls im streitigen Zeitraum keine hinreichenden Anhaltspunkte. Für den Zeitraum 01.03. bis 30.09.2007, in dem der Beigeladene zu 6) für die Tätigkeit als Asphaltleger eigenes Personal beschäftigte, hat die Beklagte schon im Ausgangsbescheid keine Sozialversicherungsbeiträge gefordert und keine Versicherungspflicht festgestellt. Für die Bewertung der Tätigkeit des Beigeladenen zu 6) im streitigen Zeitraum lässt sich hieraus allerdings nichts herleiten.

Die Gewerbeanmeldung der Beigeladenen zu 6) und 7) kann nicht als wesentliches Indiz dafür herangezogen werden, dass sie selbstständig tätig gewesen sind, denn eine Überprüfung durch das Gewerbeaufsichtsamt hinsichtlich des Vorliegens einer Beschäftigung findet nicht statt. Die Anmeldung eines Gewerbes und die Vergütung in Form von Rechnungen setzen eine selbständige Tätigkeit voraus, begründen aber für sich allein keine solche (Beschluss des Senats vom 19.07.2012, [L 11 KR 1789/12 ER-B](#), juris). Gleiches gilt dafür, dass keine

Arbeitnehmerschutzrechte wie Lohnfortzahlung im Krankheitsfall oder bezahlter Urlaub vereinbart waren. Solche Vertragsgestaltungen sind als typisch anzusehen, wenn bei Seiten eine selbstständige freie Mitarbeit wollten. Ebenso gibt die ab Mitte 2007 gezahlte Lohnhöhe lediglich Aufschluss darüber, wie die Beteiligten die Tätigkeit selbst bewertet haben.

Angesichts der gesamten Durchführung der Tätigkeiten für die Klägerin kommt dem Willen der Vertragspartner, keine abhängige Beschäftigung zu begründen, keine maßgebende Relevanz für die Qualifizierung der Tätigkeit zu, unabhängig davon, dass die rechtliche Qualifikation, ob Sozialversicherungspflicht besteht, nicht der Vereinbarung zwischen der Klägerin und den Beigeladenen zu 6) und 7) obliegt. Maßgebend für die Abgrenzung von Beschäftigung und selbstständiger Tätigkeit sind nicht die subjektiven Vorstellungen und Wünsche der Beteiligten, sondern entscheidend ist das Gesamtbild der Arbeitsleistung, so wie es sich aus dem Vertragsverhältnis der Beteiligten ergibt und im Rahmen des rechtlich zulässigen tatsächlich vollzogen worden ist. Das sich daraus ergebende Gesamtbild steht in Widerspruch zu dem Willen der Klägerin und der Beigeladenen zu 6) und 7) zu einer selbstständigen Tätigkeit; dieser hat insoweit keinen entscheidenden Ausdruck in der Tätigkeit gefunden. Die gesamten Umstände, wie die Tätigkeit zu erfolgen hat und erfolgt ist, sprechen gegen eine selbstständige Tätigkeit.

Der Wertung als sozialversicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis steht nicht entgegen, dass die Beigeladenen zu 6) und 7) als polnische Staatsangehörige nach [§ 284 Abs 1 Satz 1 SGB III](#) zum damaligen Zeitpunkt eine Beschäftigung nur mit Genehmigung der Bundesagentur für Arbeit ausüben durften. Die Missachtung des sich aus [§ 284 SGB III](#) ergebenden Beschäftigungsverbots stellt eine Ordnungswidrigkeit dar ([§ 404 Abs 2 Nr 4 SGB III](#)), führt aber nicht dazu, dass die ohne Genehmigung ausgeübte Beschäftigung als strafrechtlich verbotene Tätigkeit betrachtet werden muss. Vielmehr wird im Rahmen einer grundsätzlich erlaubten Tätigkeit (zB als Bauarbeiter) gegen ein Verbot (Beschäftigungsverbot nach [§ 284 Abs 1 SGB III](#)) verstoßen (vgl hierzu KassKomm-Seewald [§ 7 SGB IV § 7 RdNr 27](#)). Wird - wie hier - eine Arbeitsleistung tatsächlich erbracht, schuldet der Arbeitgeber auch die Vergütung mit der Folge, dass auch eine sozialversicherungspflichtige Beschäftigung vorgelegen hat.

Die Beklagte hat ausgehend von einer abhängigen Beschäftigung zu Recht als Gesamtsozialversicherungsbeitrag die Beiträge zur gesetzlichen Renten-, Kranken-, Pflege- und zur Arbeitslosenversicherung sowie die Umlagen U 1 und U 2 geltend gemacht. Die Höhe der nachgeforderten Beiträge ist nicht zu beanstanden und ergibt sich nach den tatsächlich gezahlten Entgelten und den im jeweiligen Zweig der Sozialversicherung geltenden Beitragssatz. Einwendung gegen die dem Bescheid in Anlage beigefügten Rechenwerke werden von den Beteiligten auch nicht vorgebracht.

Die Kostenentscheidung beruht auf [§ 197a SGG](#) iVm [§ 154 Abs 2](#) Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO).

Die Festsetzung des Streitwerts beruht auf [§ 197a Abs 1 Satz 1 Halbsatz 1 SGG](#) iVm [§ 63 Abs 2 Satz 1](#), [52 Abs 3](#), [47](#) Gerichtskostengesetz. Die Höhe des Streitwerts entspricht dem mit Bescheid vom 20.08.2010 geforderten Betrag.

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

Rechtskraft

Aus

Login

BWB

Saved

2015-04-14