

L 5 R 3142/16

Land
Baden-Württemberg
Sozialgericht
LSG Baden-Württemberg
Sachgebiet
Rentenversicherung
Abteilung
5
1. Instanz
SG Konstanz (BWB)
Aktenzeichen
S 7 R 1812/15
Datum
27.04.2016
2. Instanz
LSG Baden-Württemberg
Aktenzeichen
L 5 R 3142/16
Datum
22.03.2017
3. Instanz
Bundessozialgericht
Aktenzeichen
-

Datum
-

Kategorie

Urteil

Die Berufung der Klägerin gegen das Urteil des Sozialgerichts Konstanz vom 27.04.2016 wird zurückgewiesen.

Die Klägerin trägt auch die Kosten des Berufungsverfahrens mit Ausnahme der außergerichtlichen Kosten der Beigeladenen, die ihre Kosten selbst tragen.

Der Streitwert für das Berufungsverfahren wird endgültig auf 9.369,60 EUR festgesetzt.

Tatbestand:

Die Klägerin wendet sich gegen die Nachforderung von Sozialabgaben für die Tätigkeit des Beigeladenen zu 1) während der Zeit vom 01.02.2013 bis 14.07.2013.

Bei der Klägerin handelt es sich um einen als GmbH verfassten Restaurantbetrieb, der auch Catering anbietet.

Zwischen Februar 2012 und Januar 2013 war der 1985 geborene Beigeladene zu 1) als Koch bei der Klägerin versicherungspflichtig beschäftigt. Ab dem 01.02.2013 vereinbarten der Beigeladene zu 1) und die Klägerin mündlich eine Abrechnung der Tätigkeit als selbstständige Tätigkeit. Der Beigeladene zu 1) rechnete gegenüber der Klägerin auf der Grundlage von Stundenzetteln (zumeist 11.30 - 14.00 Uhr und 17.30 - 21.30 Uhr) mit einem Stundensatz von 23,00 EUR in der Regel wöchentlich ab. Am 14.07.2013 beendete der Beigeladene zu 1) seine Tätigkeit für die Klägerin. Unter dem 10.08.2013 stellte die Klägerin dem Beigeladenen zu 1) eine Rechnung über Verpflegung, Verzehr für das 1. Halbjahr 2013 und für eine Reklamation bzgl. der am 28.04.2014 erbrachten Leistung.

Vom 04.06.2014 bis 02.02.2015 wurde eine Betriebsprüfung bei der Klägerin durchgeführt. Nach Anhörung der Klägerin mit Schreiben vom 28.11.2014 stellte die Beklagte mit Bescheid vom 20.02.2015 eine Beitragsnachforderung von insgesamt 10.540,04 EUR fest. In Ziff. 1 des Bescheides wird festgestellt, dass der alleinige Gesellschafter und Geschäftsführer der Klägerin nicht im Rahmen eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses für die Klägerin tätig sei. Ziff. 2 des Bescheides betrifft die Beitragsnacherhebung für die Tätigkeit des Beigeladenen zu 1) für die Klägerin von Februar bis Juli 2013. Bei der Tätigkeit des Beigeladenen zu 1) für die Klägerin in diesem Zeitraum handele es sich um eine abhängige sozialversicherungspflichtige Beschäftigung. Hieraus resultiere die o.g. Beitragsnachforderung.

Am 23.03.2015 legte die Klägerin Widerspruch ein. Der Beigeladene zu 1) habe sein Beschäftigungsverhältnis bei ihr, der Klägerin, gekündigt, weil er in seiner zeitlichen Disposition habe frei sein, ferner auf eigenes wirtschaftliches Risiko und nicht weisungsgebunden habe arbeiten wollen.

Mit Widerspruchsbescheid vom 18.06.2015 wies die Beklagte den Widerspruch zurück.

Am 16.07.2015 erhob die Klägerin bzgl. der Beitragsnachforderung für den Beigeladenen zu 1) Klage zum Sozialgericht Konstanz (SG). Die Beklagte habe nicht ausreichend berücksichtigt, dass das Arbeitsverhältnis auf Veranlassung des Beigeladenen zu 1) beendet worden sei. Dieser habe sich gewünscht, "unabhängig" zu sein und frei zu entscheiden, ob und wann er ihre, der Klägerin, Aufträge annehme. Der Beigeladene zu 1) sei insoweit im streitgegenständlichen Zeitraum (mindestens) auch für das Steakhouse R. und ein Catering-Unternehmen in St. tätig gewesen. Ihr Geschäftsführer habe den Beigeladenen zu 1) für bestimmte Einsätze bzw. bestimmte Zeiträume angefragt. Dieser habe dann jeweils frei darüber entschieden, ob er diese Aufträge annehme oder ablehne. Der Beigeladene zu 1) sei dabei als Koch zum einen im à la Carte-Bereich, zum anderen im Rahmen von Banketts oder ähnlichen Veranstaltungen tätig geworden. Im à la Carte-Bereich

habe er nach einer Speisekarte gekocht, die er selbst - natürlich unter Berücksichtigung ihrer Vorgaben - erstellt habe. Die erforderlichen Bestellungen der Ware habe er selbstständig getätigt. Der Beigeladene zu 1) habe in der Küche "schalten und walten" können. In diesem Kernbereich seiner Tätigkeit seien keine Weisungen erteilt worden. Vergleichbares gelte auch für die Einsätze auf Banketten. Naturgemäß bringe es die Tätigkeit in einer Küche mit sich, dass mit anderen zusammengearbeitet werden müsse. Dies folge zwingend aus den Abläufen in der Gastronomie. Im Kernbereich seiner Tätigkeit (Festlegung der Speisen, Zubereitung, Einkauf) sei der Beigeladene zu 1) aber frei gewesen. Es habe daher (hierarchisch) keine Eingliederung vorgelegen. Der Beigeladene zu 1) habe im Übrigen auch Messer und die Arbeitskleidung selbst mitgebracht, auch wenn er ihre, der Klägerin, festen Arbeitsstätten (Herde, Öfen, Zubereitungsflächen) genutzt habe. Zu berücksichtigen sei ferner, dass Schlechtleistungen nicht zu vergüten gewesen seien. Der Beigeladene zu 1) habe darüber hinaus keine Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall und Urlaub erhalten. Es sei ihm erlaubt gewesen, Dritte einzusetzen. Er habe Werbung in Form von Visitenkarten und Handzetteln sowie mündlich betrieben und ein entsprechendes Gewerbe angemeldet.

Die Beklagte trat der Klage entgegen.

Das SG führte am 26.01.2016 einen Termin zur Erörterung des Sachverhalts durch. Der Geschäftsführer der Klägerin gab an, nach Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses mit dem Beigeladenen zu 1) habe die Klägerin zunächst keinen weiteren Koch angestellt. Er, der Geschäftsführer, sei selbst auch teilweise in der Küche gewesen. Ende April/Anfang Mai 2013 sei dann ein neuer Küchenchef eingestellt worden. Außerdem sei zum Juli ein Souschef verpflichtet worden. Damit habe die Klägerin immer weniger auf die Dienste des Beigeladenen zu 1) zurückgreifen müssen. In der Tätigkeit des Beigeladenen zu 1) ab Februar 2013 habe es im Übrigen deutliche Unterschiede zu einem angestellten Koch gegeben. Dies betreffe Verfügbarkeit und Absprache. Es habe auch eine Reklamation gegeben. Diese sei später bei den Rechnungen berücksichtigt worden.

In dem Termin wurde ferner erörtert, dass bei der Beitragserhebung die Mehrwertsteuer mit einberechnet worden sein dürfte. Unter dem 27.01.2016 erließ die Beklagte auf der Grundlage der Rechnungsbeträge ohne Mehrwertsteuer einen Änderungsbescheid hinsichtlich der Beitragshöhe. Die Nachforderung betrug nunmehr nur noch 9.369,60 EUR.

Mit Beschluss vom 02.02.2016 lud das SG die Beigeladenen zum Verfahren bei.

In der mündlichen Verhandlung vom 21.06.2016 legte der Beigeladene zu 1) im Rahmen seiner Anhörung dar, er habe Mitte Februar 2013 ein Gewerbe angemeldet. Er habe sich weiterentwickeln wollen. Deshalb habe er bei der Klägerin gekündigt. Räumlichkeiten habe er nur zu Hause gehabt. Er kenne aber einen Caterer, dessen Küche er hätte nutzen können. Dieses Angebot habe er bisher jedoch nicht in Anspruch genommen. Er habe keine Angestellten und sei in den letzten Jahren in verschiedenen Betrieben tätig gewesen. Seit 15.04.2016 habe er wieder eine Festanstellung. Deshalb sei es auch zu der im Jahr 2016 beabsichtigten Anstellung von Mitarbeitern nicht mehr gekommen. Die Tätigkeit ab Februar 2013 habe sich von der Tätigkeit im Rahmen der Festanstellung unterschieden. So habe er die Speisekarte, die Bestellungen und auch die Kalkulationen gemacht. Die Einkaufskosten habe die Klägerin getragen.

Mit Urteil vom 21.06.2016 wies das SG die Klage ab. Die Tätigkeit des Beigeladenen zu 1) für die Klägerin im Zeitraum vom 01.02.2013 bis 14.07.2013 sei als abhängige und versicherungspflichtige Beschäftigung zu werten. Der Beigeladene zu 1) sei für die Klägerin weiterhin als Koch in deren Restaurantbetrieb tätig gewesen und habe ferner Arbeiten für die daneben bestehende Catering-Firma erbracht. Zwar hätten die Klägerin und der Beigeladene zu 1) diese Tätigkeit im Rahmen einer selbstständigen Tätigkeit durchführen wollen. Der Beigeladene zu 1) habe dementsprechend auch ein Gewerbe angemeldet. Die Würdigung der maßgebenden Umstände im Rahmen der Abgrenzung zwischen abhängiger Beschäftigung und selbstständiger Tätigkeit ergebe jedoch, dass die Tätigkeit des Beigeladenen zu 1) ab Februar 2013 als abhängige Beschäftigung anzusehen sei. Der Beigeladene zu 1) verfüge nur zu Hause über eigene Räumlichkeiten. Räume bei einem Caterer, die er nach seinen Angaben nutzen könnte, habe er tatsächlich noch nie in Anspruch genommen. Die Tätigkeiten für die Klägerin habe er in deren Küche bzw. bei den Auftraggebern der Catering-Firma, wobei diese teilweise weitere Arbeitsmittel beschafft habe, verrichtet. Die anfallenden Einkaufskosten habe die Klägerin getragen. Soweit er Arbeitskleidung, Messer und auch Kleingeräte mitgebracht habe, sei hiermit kein wesentliches Unternehmerrisiko verbunden gewesen. Die weiteren kleineren Investitionen, die der Beigeladene zu 1) im Termin zur mündlichen Verhandlung angegeben habe (Bürobedarf wie z.B. Computer, Drucker, außerdem ein Thermomix), begründeten ebenfalls kein erhebliches Unternehmerrisiko. Dies gelte auch hinsichtlich der von den Beteiligten mitgeteilten Reklamation mit Minderung des Rechnungsbetrages. Der Beigeladene zu 1) habe im streitigen Zeitraum auch keine angestellten Mitarbeiter gehabt. Dementsprechend habe es keine direkte Absprache bezüglich etwaiger Krankheitszeiten gegeben. Vielmehr seien die Beteiligten davon ausgegangen, dass der Beigeladene zu 1) keinen Ersatz zu stellen habe. Der Umstand, dass der Beigeladene zu 1) für mehrere Auftraggeber tätig gewesen sei, führe nicht zum Ausschluss einer abhängigen Beschäftigung. Denn auch ein abhängig beschäftigter Mitarbeiter könne mehrere (Teilzeit-) Arbeitsverhältnisse innehaben. Entscheidend für die Abgrenzung zwischen abhängiger Beschäftigung und selbstständiger Tätigkeit sei nicht die Frage, ob auch Aufträge abgelehnt werden könnten. Übe ein Betroffener nach der Annahme eines Angebots, die Tätigkeit in persönlicher Abhängigkeit in einem fremden Betrieb aus, begründe allein die grundsätzlich gegebene Ablehnungsmöglichkeit nicht das Vorliegen einer selbstständigen Tätigkeit. Das Gericht schließe sich der Auffassung des Landessozialgerichts (LSG) Berlin-Brandenburg im Urteil vom 20.11.2013 ([L 9 KR 152/11](#), in juris) an, dass die arbeitsteilige Tätigkeit eines Kochs in selbstständiger Tätigkeit in der Regel nur dann ausgeführt werden könne, wenn der Koch selbst Inhaber des Restaurants oder Cateringbetriebes sei. Die Beitragserhebung erfolge aufgrund der somit bestehenden Versicherungspflicht des Beigeladenen zu 1) im Änderungsbescheid vom 27.01.2016 zutreffend. Die Beiträge seien auch nicht verjährt.

Das Urteil wurde dem Bevollmächtigten der Klägerin am 19.07.2016 mittels Empfangsbekenntnis zugestellt.

Hiergegen richtet sich die am 19.08.2016 erhobene Berufung der Klägerin zum LSG Baden-Württemberg. Zur Begründung wiederholt und vertieft die Klägerin ihr bisheriges Vorbringen. Das SG habe dem Kriterium des Unternehmerrisikos zu viel Bedeutung beigemessen. Unzutreffend sei das SG aber auch davon ausgegangen, dass ein solches nicht aus einer Haftung wegen Schlechtleistung resultieren könne. Auch die Möglichkeit zur Ablehnung eines Auftrags habe das SG unzutreffend eingeordnet. Insgesamt sei die konkrete Ausgestaltung der Tätigkeit des Beigeladenen zu 1) nicht ausreichend berücksichtigt worden.

Die Klägerin beantragt,

das Urteil des Sozialgerichts Konstanz vom 21.06.2016 sowie den Bescheid der Beklagten vom 20.02.2015 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 18.06.2015 und in der Fassung des Bescheides vom 27.01.2016 hinsichtlich der Beitragserhebung für den Beigeladenen zu 1) für den Zeitraum 01.02.2013 bis 14.07.2013 aufzuheben.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Die Merkmale für und gegen eine abhängige Beschäftigung seien in den streitgegenständlichen Bescheiden und dem Urteil des SG angemessen gewürdigt und gewichtet. Das Urteil des SG sei daher nicht zu beanstanden.

Die Beigeladenen haben keine Anträge gestellt.

Die Beteiligten haben sich mit einer Senatsentscheidung ohne mündliche Verhandlung gem. [§§ 153 Abs. 1, 124 Abs. 2](#) Sozialgerichtsgesetz (SGG) einverstanden erklärt.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sachverhalts und des Vorbringens der Beteiligten wird auf deren Schriftsätze sowie die Akten der Beklagten, des SG und des Senats Bezug genommen.

Entscheidungsgründe:

Die Berufung der Klägerin, über die der Senat im Einverständnis der Beteiligten ohne mündliche Verhandlung entscheidet, ist gemäß [§§ 143, 144 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 SGG](#) ohne Zulassung durch das SG statthaft; der Beschwerdewert des [§ 144 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 SGG](#) (750 EUR) ist bei einem streitigen Nachforderungsbetrag von 9.369,60 EUR überschritten. Die Berufung ist form- und firstgerecht eingelegt und daher auch sonst gemäß [§ 151 SGG](#) zulässig.

Die Berufung ist aber nicht begründet. Die angefochtenen Bescheide sind rechtmäßig.

1. Die angefochtenen Bescheide beruhen auf [§ 28p Abs. 1](#) Sozialgesetzbuch Viertes Buch (SGB IV). Die Voraussetzungen dieser Vorschrift sind erfüllt. Die Beklagte hat insbesondere zutreffend angenommen, dass der Beigeladene zu 1) im Unternehmen der Klägerin während der streitigen Zeit eine zu allen Zweigen der Sozialversicherung versicherungspflichtige Beschäftigung ([§ 7 Abs. 1 SGB IV](#)) ausgeübt hat.

Gem. [§ 28p Abs. 1 Satz 1 SGB IV](#) prüfen die Träger der Rentenversicherung bei den Arbeitgebern, ob diese ihre Meldepflichten und ihre sonstigen Pflichten nach dem SGB IV, die im Zusammenhang mit dem Gesamtsozialversicherungsbeitrag entstehen, ordnungsgemäß erfüllen; sie prüfen insbesondere die Richtigkeit der Beitragszahlung und der Meldungen ([§ 28a SGB IV](#)) mindestens alle vier Jahre. Im Rahmen der Prüfung erlassen die Träger der Rentenversicherung Verwaltungsakte zur Versicherungspflicht und Beitragshöhe in der Kranken-, Pflege- und Rentenversicherung sowie nach dem Recht der Arbeitsförderung einschließlich der Widerspruchsbescheide gegenüber den Arbeitgebern ([§ 28p Abs. 1 Satz 5 SGB IV](#); vgl. dazu zur Zuständigkeit für den Erlass von Nachforderungsbescheiden auch LSG Baden-Württemberg, Beschluss vom 29.07.2010, - [L 11 R 2595/10 ER-B](#) -, in juris).

Versicherungspflicht zur Kranken-, Renten-, Pflege- und Arbeitslosenversicherung besteht für gegen Arbeitsentgelt Beschäftigte ([§ 5 Abs. 1 Nr. 1](#) Sozialgesetzbuch Fünftes Buch (SGB V), [§ 1 Satz 1 Nr. 1](#) Sozialgesetzbuch Sechstes Buch (SGB VI), [§ 20 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1](#) Sozialgesetzbuch Elftes Buch (SGB XI), [§ 25 Abs. 1 Satz 1](#) Sozialgesetzbuch Drittes Buch (SGB III)), wobei die Pflicht des Arbeitgebers zur anteiligen Tragung der Beiträge aus [§ 249 Abs. 1 SGB V](#), [§ 168 Abs. 1 Nr. 1 SGB VI](#), [§ 58 Abs. 1 Satz 1 SGB XI](#) und [§ 346 Abs. 1 Satz 1 SGB III](#) folgt. Der Arbeitgeber muss die Beiträge als Gesamtsozialversicherungsbeitrag zahlen ([§ 28d Satz 1](#) i. V. m. [28e Abs. 1 Satz 1 SGB IV](#) und [§ 253 SGB V](#), [§ 174 Abs. 1 SGB VI](#), [§ 60 Abs. 1 Satz 2 SGB XI](#), [§ 348 Abs. 2 SGB III](#)). Die Pflicht des Arbeitgebers zur Zahlung der U-1- und U-2-Umlagen ergibt sich (seit 01.01.2006) aus [§ 7](#) Aufwendungsausgleichsgesetz (AAG). Die Mittel für die Zahlung des Insolvenzgeldes werden nach [§ 358 Abs. 1 Satz 1 SGB III](#) in der seit 01.01.2009 geltenden Fassung des Art. 3 Nr. 2 des Gesetzes zur Modernisierung der gesetzlichen Unfallversicherung zusammen mit dem Gesamtsozialversicherungsbeitrag an die Einzugsstelle gezahlt.

Grundvoraussetzung für die Pflicht zur Zahlung von Sozialversicherungsbeiträgen und Umlagen ist das Vorliegen eines Beschäftigungsverhältnisses. Gemäß [§ 7 Abs. 1 Satz 1 SGB IV](#) ist Beschäftigung die nichtselbstständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis. Dafür ist erforderlich, dass der Arbeitnehmer vom Arbeitgeber persönlich abhängig ist. Bei einer Beschäftigung in einem fremden Betrieb ist das der Fall, wenn der Beschäftigte in den Betrieb eingegliedert ist und dabei einem Zeit, Dauer, Ort und Art der Arbeitsleistung umfassenden Weisungsrecht des Arbeitgebers unterliegt (vgl. [§ 7 Abs. 1 Satz 2 SGB IV](#)). 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 und die im Wesentlichen frei gestaltete Tätigkeit und Arbeitszeit gekennzeichnet (vgl. etwa Bundessozialgericht (BSG), Urteil vom 18.11.2015, - [B 12 KR 16/13 R](#) -; Urteile vom 29.07.2015, - [B 12 R 1/15 R](#) - und - [B 12 KR 23/13 R](#) -; Urteil vom 29.08.2012, - [B 12 KR 25/10 R](#) -, alle in juris). Das Unternehmerrisiko besteht (regelmäßig) in der Gefahr, bei wirtschaftlichem Misserfolg des Unternehmens das eingesetzte Kapital (ganz) zu verlieren oder mit ihm (nur) Verluste zu erwirtschaften; ihm entspricht die Aussicht auf Gewinn, wenn das Unternehmen wirtschaftlichen Erfolg hat. Abhängig Beschäftigte tragen demgegenüber das Arbeitsplatzrisiko, das in der Gefahr besteht, bei wirtschaftlichem Misserfolg des Unternehmens die Arbeitsstelle einzubüßen. Das für eine selbstständige Tätigkeit typische Unternehmerrisiko ist nicht mit einem Kapitalrisiko gleichzusetzen. Ein Kapitalrisiko, das nur zu geringen Ausfällen führt, wird das tatsächliche Gesamtbild einer Beschäftigung nicht wesentlich bestimmen (BSG, Beschluss vom 16.08.2010, - [B 12 KR 100/09 B](#) -, in juris). Maßgebendes Kriterium für das Vorliegen eines Unternehmerrisikos ist, ob eigenes Kapital oder die eigene Arbeitskraft auch mit der Gefahr des Verlustes eingesetzt wird, der Erfolg des Einsatzes der sächlichen oder persönlichen Mittel also ungewiss ist. Allerdings ist ein unternehmerisches Risiko nur dann Hinweis auf eine selbstständige Tätigkeit, wenn diesem Risiko auch größere Freiheiten in der Gestaltung und der Bestimmung des Umfangs beim Einsatz der eigenen Arbeitskraft gegenüberstehen (BSG, Urteil vom 25.04.2012, - [B 12 KR 24/10 R](#) -, in juris).

Die Unterscheidung von Unternehmer- und Arbeitsplatzrisiko ist auch in der Rechtsprechung des Senats ein wichtiges, vielfach entscheidendes Kriterium für die sozialversicherungsrechtliche Beurteilung einer Tätigkeit. Es steht allerdings nicht für sich allein. Ob jemand abhängig beschäftigt oder selbstständig tätig ist, hängt davon ab, welche Merkmale überwiegen. Maßgebend ist stets das Gesamtbild der Arbeitsleistung. Dieses bestimmt sich nach den tatsächlichen Verhältnissen, also den rechtlich relevanten Umständen, die im Einzelfall eine wertende Zuordnung zum Typus der abhängigen Beschäftigung erlauben. Ausgangspunkt der Prüfung sind die (der jeweiligen Tätigkeit zugrundeliegenden) Vereinbarungen, die die Beteiligten - schriftlich oder ggf. auch nur mündlich - getroffen haben. Behörden und Gerichte müssen den Inhalt dieser Vereinbarungen feststellen. Sind die Vereinbarungen schriftlich getroffen worden, muss dabei auch geklärt werden, ob sie durch mündlich getroffene (Änderungs-)Vereinbarungen oder durch schlüssiges Verhalten rechtswirksam abgeändert worden sind. Steht der Inhalt der Vereinbarungen danach fest, ist zu prüfen, ob die Vereinbarungen (mit dem festgestellten Inhalt) wirksam oder wegen Verstoßes gegen zwingendes Recht unwirksam sind, wobei bei gegebenem Anlass auch die Ernsthaftigkeit der Vereinbarungen geklärt werden muss, um auszuschließen, dass ein "Etikettenschwindel" bzw. ein Scheingeschäft vorliegt und die Vereinbarung deswegen gemäß § 117 Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) nichtig ist; ist letzteres der Fall, muss der Inhalt des durch das Scheingeschäft verdeckten Rechtsgeschäfts festgestellt werden. Erst auf der Grundlage der so getroffenen Feststellungen über den (wahren) Inhalt der (der jeweiligen Tätigkeit zugrundeliegenden) Vereinbarungen ist eine wertende Zuordnung des Rechtsverhältnisses zum Typus der Beschäftigung oder zum Typus der selbstständigen Tätigkeit vorzunehmen. Danach ist in einem weiteren Schritt zu prüfen, ob besondere (tatsächliche) Umstände vorliegen, die eine hiervon abweichende Beurteilung notwendig machen (vgl. BSG, Urteil vom 18.11.2015, - [B 12 KR 16/13 R](#) -; Urteile vom 29.07.2015, - [B 12 R 1/15 R](#) - und - [B 12 KR 23/13 R](#) -, alle in juris). Zu den besonderen (tatsächlichen) Umständen dieser Art kann insbesondere die Verteilung der Rechtsmacht in einem Unternehmen und die daraus folgende Rechtsstellung bzw. Rechtsmacht der Person gehören, deren Tätigkeit in statusrechtlicher Hinsicht zu prüfen ist. Deshalb wird es vielfach ausschlaggebend darauf ankommen, ob die in Rede stehende Person ihre Tätigkeit in einem (im Rechtssinne) "eigenen" oder in einem "fremden" (Einzel-)Unternehmen verrichtet bzw. - bei Kapitalgesellschaften, wie einer GmbH - ob und in welchem Maße sie aufgrund einer Kapitalbeteiligung oder ggf. aufgrund gesellschaftsvertraglicher Regelungen über (Stimm-) Rechte (in der Gesellschafterversammlung) verfügt und welche Rechtsmacht ihr daraus erwächst (dazu näher etwa BSG, Urteile vom 11.11.2015, - [B 12 R 2/14 R](#) - und [B 12 KR 10/14 R](#) -, in juris). Das Fehlen der den sozialversicherungsrechtliche Status des selbstständig erwerbstätigen Unternehmers ausmachenden Rechtsmacht im Unternehmen kann weder durch besonderes Fachwissen noch durch langjährige Berufserfahrung ausgeglichen werden. Auch der besonders oder gar herausragend qualifizierte und kaum ersetzbare Arbeitnehmer wird allein deshalb nicht zum (Mit-)Unternehmer neben dem Betriebsinhaber, sondern er bleibt abhängig Beschäftigter. Das gilt auch dann, wenn er faktisch "Kopf und Seele" des Unternehmens ist und dieses nach eigenem "Gutdünken" leitet (BSG, Urteil vom 18.11.2015, - [B 12 KR 16/13 R](#) - und Urteile vom 29.07.2015, - [B 12 R 1/15 R](#) - und [B 12 KR 23/13 R](#) -, alle in juris).

Die Zuordnung des konkreten Lebenssachverhalts zum rechtlichen Typus der (abhängigen) Beschäftigung als nichtselbstständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis (§ 7 Abs. 1 Satz 1 SGB IV) nach dem Gesamtbild der Arbeitsleistung erfordert nach der Rechtsprechung des BSG eine Gewichtung und Abwägung aller als Indizien für und gegen eine Beschäftigung bzw. selbstständige Tätigkeit sprechenden Merkmale der Tätigkeit im Einzelfall. Bei Vorliegen gegenläufiger, d. h. für die Bejahung und die Verneinung eines gesetzlichen Tatbestandsmerkmals sprechender tatsächlicher Umstände oder Indizien hat das Gericht (ebenso die Behörde) insoweit eine wertende Zuordnung aller Umstände im Sinne einer Gesamtabwägung vorzunehmen. Diese Abwägung darf allerdings nicht (rein) schematisch oder schablonenhaft erfolgen, etwa in der Weise, dass beliebige Indizien jeweils zahlenmäßig einander gegenübergestellt werden, sondern es ist in Rechnung zu stellen, dass manchen Umständen wertungsmäßig größeres Gewicht zukommen kann als anderen, als weniger bedeutsam einzuschätzenden Indizien. Eine rechtmäßige Gesamtabwägung setzt deshalb - der Struktur und Methodik jeder Abwägungsentscheidung (innerhalb und außerhalb des Rechts) entsprechend - voraus, dass alle nach Lage des Einzelfalls wesentlichen Indizien festgestellt, in ihrer Tragweite zutreffend erkannt und gewichtet, in die Gesamtschau mit diesem Gewicht eingestellt und in dieser Gesamtschau nachvollziehbar, d. h. den Gesetzen der Logik entsprechend und widerspruchsfrei, gegeneinander abgewogen werden (BSG, Urteil vom 24.05.2012, - [B 12 KR 14/10 R](#) - und - [B 12 KR 24/10 R](#) -, beide in juris).

2.) Dies zu Grunde legend stand der Beigeladene zu 1) in seiner Tätigkeit als Koch zur Überzeugung des Senats auch über den 31.01.2013 hinaus bis 14.07.2013 bei der Klägerin in einem abhängigen Beschäftigungsverhältnis. Er unterlag daher der Versicherungspflicht in der Kranken-, Pflege- und Rentenversicherung sowie nach dem Recht der Arbeitslosenversicherung.

Hierbei ist es von vornherein unbeachtlich, dass der Beigeladene zu 1) auch für andere Auftraggeber als die Klägerin tätig war. Maßgeblich für die sozialversicherungsrechtliche Beurteilung der Tätigkeit des Beigeladenen zu 1) für die Klägerin ist ausschließlich diese Tätigkeit, da einzig hierfür der Statusantrag gestellt worden ist. Bei einer Mehrheit von Tätigkeiten ist jede Tätigkeit in statusrechtlicher Hinsicht gesondert zu würdigen (vgl. zum Gebot der isolierten sozialversicherungsrechtlichen Betrachtung: BSG, Urteil vom 04.11.2009 - [B 12 R 7/08 R](#) -, in juris). Darauf, dass der Beigeladene zu 1) nach seinen eigenen Angaben im streitigen Zeitraum für weitere Auftraggeber tätig war, kommt es damit nicht an.

Für eine abhängige Beschäftigung des Beigeladenen zu 1) bei der Klägerin spricht, dass diese den Beigeladenen zu 1) dazu einsetzte, die von ihr gegenüber ihren Kunden - Cateringkunden und Restaurantgästen - vertraglich zugesagten Leistungen zu erfüllen. Die Tätigkeit des Beigeladenen zu 1) bestand darin, die kulinarische Planung (Kalkulation, Einkauf etc.) zu übernehmen und das zu servierende Essen zuzubereiten. Mit der Verpflichtung zur Planung und Herstellung hat der Beigeladene zu 1) der Klägerin lediglich seine Arbeitskraft zur Verfügung gestellt. Dem steht nicht entgegen, dass die Klägerin möglicherweise in fachlicher Hinsicht die Arbeit des Beigeladenen zu 1) nicht hat beeinflussen können, da das Weisungsrecht des Arbeitsgebers nach der ständigen Rechtsprechung des BSG insbesondere bei Diensten höherer Art auch eingeschränkt und "zur dienenden Teilhabe am Arbeitsprozess" verfeinert sein kann, wenn der Beschäftigte nur in den Betrieb eingegliedert ist (vgl. hierzu BSG, Urteil vom 18.12.2001 - [B 12 KR 8/01 R](#) - in juris). Der Beigeladene zu 1) ist i.d.S. auch in die Arbeitsorganisation der Klägerin eingebunden gewesen. Grundsätzlich ist das Berufsbild des Kochs von arbeitsteiligen Prozessen in einer professionell ausgestatteten Küche geprägt. Ist der Koch nicht zugleich Inhaber des Restaurants oder Cateringunternehmens, wird er typischerweise auf die Abstimmung mit anderen Köchen, mit sonstigem Küchenpersonal, aber auch mit Servicekräften angewiesen sein. Zwar ist zu berücksichtigen, dass die Arbeit von Köchen, die auf hohem Niveau tätig sind, wesentlich stärker durch Kreativelemente geprägt ist, als etwa die Arbeit eines Mensakochs. Dementsprechend sind üblicherweise allen Köchen Freiheiten bei der Art der Zubereitung und der Präsentation einzuräumen. Auf Grund dessen besteht ein durch die Natur der Tätigkeit eingeschränktes Weisungsrecht, was für sich genommen eine Beschäftigung noch nicht in Frage stellt. Vielmehr hatte der Senat zu berücksichtigen, dass der Beigeladene zu 1) und die Klägerin übereinstimmend angegeben haben, dass der Beigeladene zu 1) nicht losgelöst von den Vorgaben der Klägerin gearbeitet hat.

Auch die Einstellung eines neuen Küchenchefs Ende April/Anfang Mai 2013 und eines Souschefs zum Juli 2013 belegt eine Zusammenarbeit in der Küche, nachdem eine abtrennbare Aufgabenteilung nicht gegeben war. Darüber hinaus war der Beigeladene zu 1) auch insofern weisungsabhängig, als ihm Arbeitszeit und -ort mit der Übernahme des Auftrages vorgegeben waren.

Der Senat vermag auch kein wesentliches unternehmerisches Risiko des Beigeladenen zu 1) in seiner Tätigkeit für die Klägerin zu erkennen. Der Einsatz der eigenen professionellen Kochausrüstung (Messer und Thermomix) stellt keinen hinreichenden Einsatz von Wagniskapital dar. Zum einen ist die Verwendung eigener Messer und eigenen Kochgeschirrs in der Gastronomie branchenüblich und schon deshalb kein geeignetes Abgrenzungskriterium zu der Tätigkeit abhängig beschäftigter Köche. Zum anderen setzte der Beigeladene zu 1) seine eigenen Arbeitsmittel - ungeachtet ihres Wertes - aber auch nicht im Sinne von Wagniskapital mit ungewissem Erfolg ein, da er eine Vergütung nach Stundensätzen erhielt, woraus ersichtlich wird, dass die Vergütung des Beigeladenen zu 1) grundsätzlich nicht vom Ergebnis seiner Tätigkeit abhängig war (Senatsurteil vom 27.04.2016 - [L 5 R 2484/14](#) -, in juris Rdnr. 37: Koch als gastronomischer Leiter auf Schienenkreuzfahrten; Senatsurteil vom 22.02.2017, - [L 5 R 5035/14](#) -, n.v.: Eventkoch). Ferner stand dem Beigeladenen zu 1) die Vergütung als Gegenleistung für seine Tätigkeit - wie dies für Beschäftigte typisch ist - unabhängig vom wirtschaftlichen Ergebnis der Klägerin zu. Bezogen auf die geschuldeten Dienste hatte der Beigeladene zu 1), wie jeder andere Beschäftigte auch, allein das Risiko des Entgeltausfalls in der Insolvenz des Arbeitgebers zu tragen (BSG, Urteil vom 29.08.2012, - [B 12 KR 25/10 R](#) -, in juris). Ein rechtlich relevantes Risiko, seine Arbeitskraft für die Klägerin vergeblich eingesetzt zu haben, bestand für ihn somit nicht. Eine Haftung für eine Schlechtleistung (vgl. Rechnung vom 10.08.2013) kann - wenn auch in eingeschränktem Umfang - jeden Beschäftigten treffen und stellt kein Indiz für ein Unternehmerrisiko dar (BSG, Urteil vom 28.09.2011, - [B 12 R 17/09 R](#) -, in juris Rdnr. 26). Der Beigeladene zu 1) hat auch im Übrigen keinerlei Kapital mit der Gefahr, dieses zu verlieren, eingesetzt (vgl. hierzu BSG, Urteil vom 28.09.2011, - [B 12 R 17/09 R](#) -, in juris). Der Beigeladene zu 1) hat auch kein maßgebliches "Auftragsrisiko" getragen. Die Tatsache, dass der Beigeladene zu 1) an Tagen, an denen er nicht für die Klägerin tätig war, frei über seine Arbeitszeit und Arbeitskraft verfügen konnte, steht in keinem Bezug zur Vergütungsregelung für die geleistete Arbeit bei der Klägerin. Daher begründet auch das hieraus folgende Risiko, zeitweise die eigene Arbeitskraft nicht verwerten zu können, kein Unternehmerrisiko während der verrichteten Aufträge (BSG, Urteil vom 04.06.1998, - [B 12 KR 5/97 R](#) -, in juris). Im Übrigen besteht das Risiko, bei Schlechtleistung keine Folgeaufträge zu erhalten, nicht nur bei Selbstständigen. Auch Arbeitnehmer laufen bei Schlechtleistung Gefahr, nicht weiter beschäftigt zu werden, sei es in Folge einer Kündigung oder weil ihr befristeter Arbeitsvertrag nicht verlängert wird. Schließlich tätigte der Beigeladene zu 1) den Einkauf der Lebensmittel nicht auf eigene Rechnung, sodass er auch diesbezüglich keinerlei unternehmerischen Kalkulationsspielraum besaß. Anders als etwa ein selbstständiger Caterer, der seine Leistung zu einem festen Endpreis anbietet und durch Kalkulation von Einkaufs-, Herstellungs- und Personalkosten gewinnorientiert arbeiten kann, waren dem Beigeladenen zu 1) keine derartigen unternehmertypischen Spielräume zur Gewinnmaximierung eröffnet. Mit dem als Vergütung vereinbarten Stundensatz wurde stattdessen ausschließlich die von ihm eingesetzte Arbeitskraft vergütet. Das übrige Kostenrisiko in Zusammenhang mit der Abwicklung der Aufträge, bspw. auch das Insolvenzrisiko der Cateringkunden, lag hingegen bei der Klägerin.

Für das Gesamtbild der von dem Beigeladenen zu 1) verrichteten Tätigkeit ist im Übrigen unerheblich, dass er sein Arbeitsentgelt durch Rechnungen geltend gemacht hat. Dies betrifft formale Äußerlichkeiten der Entgeltzahlung und ist für die materielle Einstufung des Entgelts als Arbeitsentgelt oder Unternehmervergütung nicht ausschlaggebend. Letztlich ist dies im Wesentlichen Ausdruck der von den Beteiligten angenommenen Wertung der Tätigkeit als Selbstständiger. Dies gilt auch für die Gewerbeanmeldung und die nicht vorgenommene Vergütung im Urlaubs- und Krankheitsfall. Da die Einordnung der Tätigkeit als sozialversicherungspflichtige nicht zur Disposition der Beteiligten steht, kann es hierauf nicht Wesentlich ankommen. Soweit der Beigeladene zu 1) eigene Berufskleidung, Messer und einen Thermomix einsetzte, hatte der Senat im Übrigen auch zu berücksichtigen, dass die einmalige Anschaffung derselben kein ins Gewicht fallendes Kapitalrisiko darstellt. Darüber hinaus hat er diese bei mehreren Auftraggebern eingesetzt.

Soweit die rein vertragstheoretische Möglichkeit bestand, sich für die Durchführung übernommener Aufträge Erfüllungsgehilfen bedienen zu können, beinhaltet dies allenfalls eine geringe Indizwirkung für eine Selbstständigkeit. Dies gilt umso mehr, wenn die Aufträge tatsächlich regelmäßig in eigener Person ausgeführt wurden. Aber selbst eine tatsächliche Beschäftigung von Hilfskräften spricht nur dann maßgeblich für eine Selbstständigkeit, wenn damit eine wesentliche Erweiterung des Umfangs der Tätigkeit verbunden ist und so zur Erhöhung der unternehmerischen Chancen führt (so Hessisches LSG im Urteil vom 12.07.2007 - [L 8/14 KR 280/04](#) -, in juris). Auch das vertraglich vereinbarte Haftungsrisiko gegenüber der Klägerin führt nicht zur selbstständigen Tätigkeit. Die dem Beigeladenen zu 1) persönlich treffende Gefahr der Haftung für durch schuldhaftes Verhalten entstandene Schäden ist kein typisches Unternehmerrisiko.

Mithin ist der Senat davon überzeugt, dass der Beigeladene zu 1) auch über den 31.01.2013 hinaus bis 14.07.2013 in einem abhängigen Beschäftigungsverhältnis für die Klägerin tätig war. Einwendungen gegen die Berechnung des Nachforderungsbetrags und der Säumniszuschläge sind nicht geltend gemacht worden, Berechnungsfehler sind nicht ersichtlich. Verjährung ist nicht eingetreten.

Nicht zu prüfen hat der Senat, ob andere Tätigkeiten des Beigeladenen zu 1) als Selbstständiger oder als abhängig Beschäftigter Auswirkungen auf die Höhe des zu entrichtenden Gesamtsozialversicherungsbeitrags sowie der Umlagen hat.

Das Verfahren zur Erhebung von Gesamtsozialversicherungsbeiträgen im Fall einer Betriebsprüfung durch die Träger der Rentenversicherung ist zweigeteilt (BSG, Urteil vom 28.05.2015 - [B 12 R 16/13 R](#) -, in juris, Rn. 22 ff, auch zum Folgenden). Die Träger der Rentenversicherung führen "nur" die turnusmäßige (Außen)Prüfung in den Unternehmen durch. Einem nach einer solchen Prüfung vom Träger der Rentenversicherung erlassenen Zahlungsbescheid aufgrund der ihm durch [§ 28p Abs. 1 Satz 5 SGB IV](#) eingeräumten Befugnis zur Nachforderung von Gesamtsozialversicherungsbeiträgen kommt nur der Charakter eines Grundlagenbescheides für die Erhebung der Gesamtsozialversicherungsbeiträge zu, weil Betriebsprüfungen ihrerseits eine über die bloße Kontrollfunktion hinausgehende Bedeutung nicht entfalten. Die Betriebsprüfung hat insbesondere den Zweck, den Einzugsstellen durch Sicherstellung von Arbeitgeberunterlagen und -aufzeichnungen eine Berechnungsgrundlage zu verschaffen, damit diese die notwendigen Schritte zur Geltendmachung von Ansprüchen auf (rückständige) Beiträge (vgl. [§ 28h Abs. 1 Satz 3 SGB IV](#)) unternehmen können. Ein im Rahmen einer Betriebsprüfung erlassener Leistungs- bzw. Zahlungsbescheid des Rentenversicherungsträgers ist für die Einzugsstellen verbindlich. Die maximale Höhe der (rückständigen) Gesamtsozialversicherungsbeiträge als Ausgangsbasis für den Beitragseinzug ist nach der dem Beitrags(erhebungs)verfahren des SGB IV immanenten Trennung zwischen Überprüfung des Arbeitgebers einerseits und seiner Überwachung sowie der Geltendmachung von Beitragsansprüchen andererseits (vgl. hierzu den Zusammenhang zwischen [§ 28h Abs. 1 Satz 2](#) und 3, [§ 28p Abs. 1 Satz 3](#), [Abs. 3](#), [§ 76 Abs. 3](#) und 4 SGB IV) nämlich Sache der Einzugsstellen als Gläubiger der Beitragsforderungen und von diesen in einem gesonderten Verwaltungsverfahren vorzunehmen, wenn wegen versicherungs- und/oder beitragsrechtlicher Änderungen eine Abweichung von den

Prüffeststellungen in Betracht kommt (BSG, Urteil vom 28. 05.2015, – [B 12 R 16/13 R](#) –, in juris). Demgemäß ist es Sache der Einzugsstellen aufgrund der von dem prüfenden Träger der Rentenversicherung erfolgten Unterrichtung ([§ 28p Abs. 3 SGB IV](#)) im Rahmen der ihnen obliegenden Aufgabe, den Beitragseinzug zu überwachen, zu prüfen, inwieweit weitere Tatsachen, die die Höhe des Gesamtsozialversicherungsbeitrags berühren, Auswirkungen auf die vom geprüften Arbeitgeber zu zahlenden Gesamtsozialversicherungsbeiträge haben. Insoweit besteht kein Unterschied, wenn der Arbeitgeber den ihm obliegenden Verpflichtungen zur Meldung nach [§ 28a SGB IV](#) nachkommt. Auch er hat möglicherweise keine Kenntnis von weiteren Tätigkeiten seines Arbeitnehmers und kann deshalb nicht prüfen, ob und gegebenenfalls welche Auswirkungen dies auf die Versicherungspflicht in den einzelnen Zweigen der Sozialversicherung hat (z.B. fehlende Versicherungspflicht in der gesetzlichen Krankenversicherung wegen Überschreitens der Jahresarbeitsentgeltgrenze aufgrund des erzielten Arbeitsentgelts in weiteren abhängigen Beschäftigungen oder wegen hauptberuflich selbständiger Erwerbstätigkeit; nur Beitragsanteil des Arbeitgebers zur Rentenversicherung wegen des Bezugs einer Altersrente aus der gesetzlichen Rentenversicherung des Arbeitnehmers). Dies ist Aufgabe der Einzugsstellen im Rahmen der Beitragsüberwachung.

Die Kostenentscheidung beruht auf [§ 197a Abs. 1 Satz 1 SGG](#) i.V.m. § 154 Abs. 2, 3 [§ 162 Abs. 3](#) Verwaltungsgerichtsordnung. Nachdem die Beigeladenen keine Anträge gestellt und damit ein Kostenrisiko nicht übernommen haben, wäre eine Erstattung ihrer außergerichtlichen Kosten nicht billig.

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

Die Festsetzung des Streitwerts beruht auf [§ 197a Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 1 SGG](#) i.V.m. [§§ 63 Abs. 2 Satz 1](#), [52 Abs. 3](#), [47](#) Gerichtskostengesetz.

Rechtskraft

Aus

Login

BWB

Saved

2017-03-25