

L 11 R 1602/15

Land
Baden-Württemberg
Sozialgericht
LSG Baden-Württemberg
Sachgebiet
Rentenversicherung
Abteilung
11
1. Instanz
SG Reutlingen (BWB)
Aktenzeichen
S 11 R 2423/13
Datum
27.03.2015
2. Instanz
LSG Baden-Württemberg
Aktenzeichen
L 11 R 1602/15
Datum
28.03.2017
3. Instanz
Bundessozialgericht
Aktenzeichen

-
Datum

-
Kategorie
Urteil

Auf die Berufung der Beklagten wird der Gerichtsbescheid des Sozialgerichts Reutlingen vom 27.03.2015 aufgehoben und die Klage abgewiesen.

Die Klägerin trägt die Kosten des Verfahrens in beiden Rechtszügen mit Ausnahme der außergerichtlichen Kosten der Beigeladenen.

Der Streitwert für das Berufungsverfahren wird auf 12.918,60 EUR festgesetzt.

Tatbestand:

Die Klägerin wendet sich gegen die Nachforderung von Sozialversicherungsbeiträgen für den Beigeladenen zu 1) in Höhe von 12.918,60 EUR betreffend die Zeiträume 01.01.2011 bis 30.06.2011 und 01.01.2012 bis 03.02.2012.

Die Klägerin ist eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH) mit Sitz in S ... Gegenstand des Unternehmens sind Speditionsgeschäfte aller Art, insbesondere mit großvolumigen LKW - Zügen, die speditionelle Betreuung in den Bereichen Logistik, Informations- und Transporttechnologie sowie die Vermietung von Fahrzeugen aller Art (Handelsregister beim Amtsgericht S., HRB ...). Im hier maßgeblichen Zeitraum waren nach eigenen Angaben des Geschäftsführers der Klägerin 18 bis 20 Fahrer angestellt.

Der am 11.04.1968 geborene Beigeladene zu 1) war vom 04.05.2003 bis 19.12.2008 bei der Klägerin als Lkw-Fahrer mit einem Monatsgehalt von 2.100 EUR abhängig beschäftigt. Er meldete am 27.12.2010 mit Wirkung ab 01.01.2011 ein Gewerbe unter anderem für Lkw-Transporte an. Vom 01.02.2011 bis 31.12.2011 meldete er seine Ehefrau als geringfügig Beschäftigte zur Sozialversicherung an. Er zahlte ihr 400 EUR monatlich. Der Arbeitsvertrag sah eine wöchentliche Arbeitszeit von 8 Stunden als Bürokraft vor. Der Beigeladene zu 1) ist nicht im Besitz einer Gemeinschaftslizenz und verfolgte nach eigenen Angaben seit 2009 den Aufbau eines Campingplatzes.

In den Zeiträumen vom 01.01.2011 bis 30.06.2011 und vom 01.01.2012 bis 03.02.2012 übernahm der Beigeladene zu 1) für die Klägerin Transportaufträge mit LKW der Klägerin. Er stellte hierfür Tagessätze iHv 180 EUR (unter der Woche) und 70 EUR (am Wochenende) in Rechnung. Aus den vorliegenden Rechnungen ergibt sich ein nahezu täglicher Einsatz des Beigeladenen zu 1) für die Klägerin. Ein schriftlicher Vertrag wurde zwischen den Beteiligten nicht geschlossen.

Das Hauptzollamt S. führte eine Prüfung bei der Klägerin gem § 2 SchwarzArbG durch und bat die Beklagte um Beurteilung der Tätigkeit des Beigeladenen zu 1). Bei der Vernehmung durch das Hauptzollamt gab dieser an, dass aus seiner Sicht keinerlei Eingliederung bei den Auftraggebern vorliege. Die LKW würden durch die Auftraggeber gestellt, die Routen und Ladungssicherung lägen in eigener Verantwortung. Das Hauptzollamt teilte der Beklagten mit, dass nach Aussage des Geschäftsführers der Klägerin es dem Beigeladenen zu 1) nicht erlaubt gewesen sei, mit dem Lkw der Klägerin für andere Auftraggeber zu fahren. Dies sei auch so gelebt worden. Beginn und Ende der Arbeitszeiten hätten sich nach den Vorgaben der jeweiligen Auftraggeber der Klägerin gerichtet. Der Beigeladene zu 1) habe einen eigenen Pkw gekauft. Dieser habe jedoch nach Auskunft des Geschäftsführers während der Fahrten mit dem Lkw der Klägerin auf deren Firmengelände gestanden.

Die Beklagte erstellte eine Schadensberechnung für das Hauptzollamt und hörte die Klägerin mit Schreiben vom 18.12.2012 zur Nachforderung von Beiträgen zur Sozialversicherung in Höhe von insgesamt 12.918,60 EUR (inkl Säumniszuschläge iHv 2.096,00 EUR) an. Die Beklagte führte im Schreiben aus, dass nach der Gesamtabwägung von einer abhängigen Beschäftigung des Beigeladenen zu 1) auszugehen sei. Für nichtselbstständige Beschäftigung spreche ua, dass die Tätigkeit nicht mit dem eigenen Fahrzeug ausgeführt worden

sei, auf den Beigeladenen zu 1) kein Lkw zugelassen gewesen sei und für ihn auch keine Transportlizenz erteilt worden sei. Zudem habe er keine sozialversicherungspflichtigen Arbeitnehmer beschäftigt und eigene Werbung nicht betrieben. Ein Subunternehmervertrag existiere nicht. Für eine selbständige Tätigkeit spreche der Bezug eines Gründungszuschusses für den Zeitraum vom 01.01.2011 bis 01.09.2011, eine Gewerbeanmeldung als Nebenerwerb (bis zur Eröffnung des Campingplatzes), die Einstellung der Ehefrau zum 01.02.2011 als geringfügig Beschäftigte Bürokräft und die Vergabe einer Steuernummer für die Abgabe von der Umsatzsteuervoranmeldung. Im Hinblick auf die ganz überwiegende Beurteilung der Landessozialgerichte bezüglich Kraftfahrer ohne eigenes Fahrzeug als abhängig Beschäftigte sei auch hier von abhängiger Beschäftigung auszugehen. Der Beigeladene zu 1) habe dem Direktionsrecht der Klägerin unterlegen und sei in deren Betrieb eingegliedert sowie weisungsgebunden gewesen.

Ein Strafbefehl des Amtsgerichts O. gegen den Geschäftsführer der Klägerin wegen Vorenthaltung und Veruntreuung von Arbeitsentgelt bezüglich des Beigeladenen zu 1) wurde rechtskräftig.

Im Anhörungsverfahren machte die Klägerin geltend, dass der Beigeladene zu 1) im hier maßgeblichen Zeitraum für mindestens drei weitere Unternehmen tätig gewesen sei. Er sei als Subunternehmer auf der Grundlage eines mündlichen Subunternehmervertrages unter Vereinbarung einer Tagespauschale tätig geworden. Eine Weisungsgebundenheit habe nicht bestanden. Dies ergebe sich schon daraus, dass der Beigeladene zu 1) nur bis Juni 2011 für die Klägerin gearbeitet habe und dann erst wieder im Januar 2012. In der Zwischenzeit habe er die Übernahme weiterer Aufträge abgelehnt. Die Klägerin habe einzelne Aufträge beim Beigeladenen zu 1) angefragt.

Mit Bescheid vom 18.02.2013 forderte die Beklagte Beiträge zur Sozialversicherung in Höhe von insgesamt 12.918,60 EUR (inkl Säumniszuschläge iHv 2.096,00 EUR) nach. Den Widerspruch vom 26.02.2013 wies die Beklagte mit Widerspruchsbescheid vom 08.08.2013 zurück. In der Begründung wurde ua ausgeführt, dass die Tatsache, dass der Beigeladene zu 1) im Zeitraum vom 01.07.2011 bis 31.12.2011 nicht bei der Klägerin, sondern eventuell für andere Auftraggeber tätig gewesen sei, für die sozialversicherungsrechtliche Beurteilung der Tätigkeit bei der Klägerin ohne Bedeutung sei. Jede Tätigkeit sei für sich gesondert zu beurteilen. Für die Annahme einer abhängigen Beschäftigung sei hier das Merkmal des nicht vorhandenen Unternehmerrisikos zu benennen. Der Beigeladene zu 1) setze keinerlei eigenes Kapital zur Ausübung seiner Fahrtätigkeit ein. Das für einen Fahrer elementare Arbeitsmittel, das Fahrzeug, sei von der Klägerin kostenfrei zur Verfügung gestellt worden. Im Übrigen ergebe sich die Weisungsgebundenheit durch die Annahme der jeweiligen Aufträge und den damit einzuhaltenden Be- und Entladeterminen. Zwar könne die Möglichkeit, Aufträge anzunehmen oder abzulehnen, grundsätzlich als Indiz für das Vorliegen einer selbständigen Tätigkeit angesehen werden, doch seien auch im Rahmen abhängiger Beschäftigungsverhältnisse Vertragsgestaltungen nicht unüblich, die es weitgehend dem Arbeitnehmer überlassen würden, ob er im Anforderungsfall tätig werden wolle oder ob er ein konkretes Angebot im Einzelfall ablehne. Nehme der Betroffene das angetragene Angebot jedoch an, übe er die Tätigkeit in persönlicher Abhängigkeit in einem fremden Betrieb und damit im Rahmen einer abhängigen Beschäftigung aus. Da die Beiträge zumindest bedingt vorsätzlich vorenthalten worden seien, müssten auch Säumniszuschläge erhoben werden. Insbesondere hätte die Möglichkeit bestanden, den Status durch die Einzugsstelle oder die Clearingstelle rechtsverbindlich klären zu lassen. Diese Möglichkeit sei nicht wahrgenommen worden.

Hiergegen hat der Klägerbevollmächtigte am 12.09.2013 Klage zum Sozialgericht Reutlingen (SG) erhoben. Er hat ausgeführt, dass die Auftragsvergabe an den Beigeladenen zu 1) nur als Interimslösung für die Wintermonate angesehen worden sei. Jener habe gegenüber ihr erklärt, dass er nunmehr selbstständig sei und einen Campingplatz betreibe. Die vorherige Festanstellung sei vom Beigeladenen beendet worden, weil dieser den Campingplatz verwirklichen habe wollen.

Mit Gerichtsbescheid vom 27.03.2015 hat das SG den Bescheid vom 18.02.2013 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 08.08.2013 aufgehoben. Zur Begründung hat es ausgeführt, dass nach der Beurteilung des Gerichts der Beigeladene zu 1) im umstrittenen Zeitraum bei der Klägerin nicht abhängig beschäftigt worden sei. Es sei eine mündliche Vereinbarung getroffen bzw tatsächlich so gehandhabt worden, wonach nach Bedarf, beispielsweise bei Urlaub oder Krankheit von Fahrern sowie nach Möglichkeiten des Beigeladenen, von diesem Fahrten übernommen worden seien. Trotz des Indizes für abhängige Beschäftigung durch die Zurverfügungstellung des Firmen-Lkw durch die Klägerin, liege keine Eingliederung vergleichbar einem abhängig beschäftigten Fahrer in den Betrieb der Klägerin vor. Die Zeitdauer der Einsätze im Jahr 2011 und 2012 seien begrenzt gewesen. Es hätten zeitliche Lücken vorgelegen. Der Beigeladene habe Aufträge nach eigenem Gutdünken nachfragen oder auch nicht nachfragen können, er habe Aufträge auch ablehnen können. Der Geschäftsführer der Klägerin habe im Erörterungstermin vor dem SG überzeugend und detailliert ausgeführt, dass der Beigeladene selbst bestimmt habe, wann er Aufträge annehmen habe können. Dies sei abhängig von zeitlich ausgeübten Tätigkeiten für den Aufbau eines Campingplatzes sowie von Tätigkeiten für andere Auftraggeber gewesen.

Gegen den der Beklagten am 07.04.2015 zugestellten Gerichtsbescheid hat diese am 22.04.2015 Berufung zum Landessozialgericht Baden-Württemberg eingelegt.

Sie ist der Auffassung, dass die Entscheidung des SG nicht im Einklang mit der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts stehe und eine fehlerhafte Abwägung der Merkmale vornehme, die aus Sicht des SG für eine selbständige Tätigkeit sprechen würden. Bei der versicherungsrechtlichen Beurteilung von Fahrertätigkeiten komme es entscheidend darauf an, ob der Fahrer ein eigenes Fahrzeug für die Transporte einsetze. Fahrer ohne eigenen Lkw seien regelmäßig abhängig beschäftigt. Der Beigeladene zu 1) habe seine Arbeitskraft der Klägerin als Lkw-Aushilfsfahrer angeboten. Ein Unternehmerrisiko liege nicht allein darin, dass keine Regelung über feste Aufträge bestanden habe. Grundsätzlich sei jede Tätigkeit gesondert zu beurteilen, so dass etwa auch ein Selbstständiger als abhängig Beschäftigter eine Nebentätigkeit ausüben könne. Eine Gewerbeanmeldung reiche für die Annahme einer selbständigen Tätigkeit nicht aus. Wesentlich für die Abwägung seien die Einbindung in eine von der Klägerin vorgegebene Organisationsstruktur sowie das Fehlen eines unternehmerischen Risikos des Beigeladenen, so dass die Merkmale einer abhängigen Beschäftigung überwiegen würden.

Die Beklagte beantragt,

den Gerichtsbescheid des Sozialgerichts Reutlingen vom 27.03.2015 aufzuheben und die Klage abzuweisen.

Die Klägerin beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie ist der Auffassung, dass keine abhängige Beschäftigung des Beigeladenen zu 1) bestanden habe. Dieser sei in der Gestaltung der Arbeitszeit völlig frei gewesen. Auf die konkrete Stundenzahl sei es schon deshalb nicht angekommen, da auf Tagessatzbasis abgerechnet worden sei. Wenn ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis vorgelegen hätte, so wäre es sicherlich nicht möglich gewesen, dass über Monate hinaus eine Zusammenarbeit gerade nicht stattgefunden habe. Der Beigeladene hätte jederzeit auch andere Fahrer einsetzen können. Er habe jeweils am Freitag oder Donnerstag angerufen und mitgeteilt, ob er fahren könne oder nicht. Die Touren habe man dann so geplant, dass dieser auch nach Hause habe fahren können. Es habe sich um Urlaubsvertretung gehandelt. Der Beigeladene sei völlig frei gewesen, Aufträge anzunehmen oder abzulehnen.

Die Beigeladenen haben keine Anträge gestellt

In einem Erörterungstermin am 08.11.2016 hat der Berichterstatter die Sach- und Rechtslage mit den Beteiligten erörtert und die Ehefrau des Beigeladenen zu 1) als Zeugin vernommen. Sie hat mitgeteilt, dass Sie monatlich 400 EUR von ihrem Ehemann erhalten habe und dafür die Rechnungen für die Fahraufträge des Ehemannes erstellt und abgelegt habe. Der Arbeitsaufwand sei unterschiedlich gewesen, so ca. ein bis vier Stunden pro Woche. In die Auftragsannahme sei sie nicht involviert gewesen. Im Hinblick auf den Aufbau des Campingplatzes habe sie keine Tätigkeiten ausgeübt. Der Campingplatz sei bis heute noch nicht in Betrieb. Der Beigeladene zu 1) hat weitere Angaben zur Sache gemacht. Unter anderem hat er ausgeführt, dass er in den Monaten, in denen er für die Klägerin gefahren sei, nicht für andere Auftraggeber tätig geworden sei. Wegen der Einzelheiten wird auf die Sitzungsniederschrift Bezug genommen.

Die Beteiligten haben sich mit einer Entscheidung ohne mündliche Verhandlung einverstanden erklärt.

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

Entscheidungsgründe:

Die nach den [§§ 143, 144, 151 Abs 1 SGG](#) form- und fristgerecht eingelegte Berufung der Beklagten, über die der Senat mit Einverständnis der Beteiligten gem [§§ 153 Abs 1, 124 Abs 2 SGG](#) ohne mündliche Verhandlung entscheidet, ist statthaft, zulässig und begründet. Zu Unrecht hat das SG den Bescheid der Beklagten aufgehoben und der Klage stattgegeben. Der angefochtene Bescheid der Beklagten vom 18.02.2013 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 08.08.2013 ist rechtmäßig und verletzt die Klägerin nicht in ihren Rechten. Der Beigeladene zu 1) war im streitgegenständlichen Zeitraum bei der Klägerin abhängig beschäftigt. Hierfür hat die Klägerin die im angefochtenen Bescheid festgesetzten Beiträge samt Säumniszuschläge an die zuständige Einzugsstelle zu entrichten.

Der angefochtene Bescheid ist formell rechtmäßig; die erforderliche Anhörung nach [§ 24 SGB X](#) ist erfolgt. Rechtsgrundlage für den streitgegenständlichen Bescheid ist [§ 28p SGB IV](#). Danach prüfen die Träger der Rentenversicherung bei den Arbeitgebern ggf - wie hier - in Verbindung mit [§ 2 Abs 2 SchwarzArbG](#), ob diese ihre Meldepflichten und ihre sonstigen Pflichten nach dem SGB IV, die im Zusammenhang mit dem Gesamtsozialversicherungsbeitrag stehen, ordnungsgemäß erfüllen. Die Prüfung umfasst auch die Lohnunterlagen der Beschäftigten, für die Beiträge nicht gezahlt wurden. Die Träger der Rentenversicherung erlassen im Rahmen der Prüfung Verwaltungsakte zur Versicherungspflicht und Beitragshöhe in der Kranken-, Pflege- und Rentenversicherung sowie nach dem Recht der Arbeitsförderung einschließlich der Widerspruchsbescheide gegenüber den Arbeitgebern; insoweit gelten [§ 28h Abs 2 SGB IV](#) sowie [§ 93 iVm § 89 Abs 5 SGB X](#) nicht.

Für die Zahlung von Beiträgen von Versicherungspflichtigen aus Arbeitsentgelt zur gesetzlichen Krankenversicherung, gesetzlichen Rentenversicherung, Arbeitslosenversicherung und sozialen Pflegeversicherung gelten nach [§ 253 SGB V, § 174 Abs 1 SGB VI](#) sowie [§ 60 Abs 1 Satz 2 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 2 SGB III](#) auch für die Arbeitsförderung. Nach [§ 28e Abs 1 Satz 1 SGB IV](#) hat der Arbeitgeber den Gesamtsozialversicherungsbeitrag zu zahlen. Personen, die gegen Arbeitsentgelt beschäftigt sind, unterliegen in der Kranken-, Pflege-, Renten- und Arbeitslosenversicherung der Versicherungs- bzw Beitragspflicht ([§ 5 Abs 1 Nr 1 SGB V, § 20 Abs 1 Satz 2 Nr 1 SGB XI, § 1 Satz 1 Nr 1 SGB VI, § 25 Abs 1 SGB III](#)). Beurteilungsmaßstab für das Vorliegen einer abhängigen Beschäftigung ist [§ 7 Abs 1 Satz 1 SGB IV](#). Danach ist Beschäftigung die nichtselbständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis.

Nach der ständigen Rechtsprechung des BSG (vgl etwa Urteile vom 24.01.2007, [B 12 KR 31/06 R, SozR 4-2400 § 7 Nr 7](#); 04.07.2007, [B 11a AL 5/06 R, SozR 4-2400 § 7 Nr 8](#)) 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. Demgegenüber ist eine selbständige Tätigkeit vornehmlich durch das eigene Unternehmerrisiko, das Vorhandensein einer eigenen Betriebsstätte, die Verfügungsmöglichkeit über die eigene Arbeitskraft und die im Wesentlichen frei gestaltete Tätigkeit und Arbeitszeit gekennzeichnet. Ob jemand abhängig beschäftigt oder selbständig tätig ist, hängt davon ab, welche Merkmale überwiegen (zur Verfassungsmäßigkeit der Abgrenzung zwischen abhängiger Beschäftigung und selbständiger Tätigkeit BVerfG [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](#)).

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 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 [SozR 3-2400 § 7 Nr 4; SozR 3-4100](#)

[§ 168 Nr 18](#)). In diesem Sinne gilt, dass die tatsächlichen Verhältnisse den Ausschlag geben, wenn sie von Vereinbarungen abweichen ([BSGE 45, 199](#), 200 ff; BSG [SozR 3-2400 § 7 Nr 13](#); [BSGE 87, 53](#), 56; jeweils mwN). Maßgeblich ist die Rechtsbeziehung so wie sie praktiziert wird und die praktizierte Beziehung so wie sie rechtlich zulässig ist (vgl hierzu insgesamt BSG 24.01.2007, [B 12 KR 31/06 R](#), [SozR 4-2400 § 7 Nr 7](#)).

Die Tätigkeit als Lkw-Fahrer kann sowohl im Rahmen eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses (vgl allg hierzu BSG 19.08.2003, B 2 U 38/02R, [SozR 4-2700 § 2 Nr 1](#); 22.06.2005, [B 12 KR 28/03 R](#), [SozR 4-2400 § 7 Nr 5](#); LSG Baden-Württemberg 23.01.2004, [L 4 KR 3083/02](#), juris; LSG Baden-Württemberg 16.01.2004, [L 4 KR 763/04](#); LSG Baden-Württemberg 05.04.2006, L 5 KR 5313/04; Senatsurteile vom 06.11.2007, [L 11 KR 2407/04](#); 20.10.2015, [L 11 R 3898/14](#)) als auch im Rahmen eines freien Dienstverhältnisses als selbstständige Tätigkeit (vgl zu Fahrertätigkeiten BSG 27.11.1980, [8a RU 26/80](#), SozSich 1981, 220; LSG Nordrhein-Westfalen 13.09.2007, [L 5 R 5/06](#), juris; Bayerisches LSG 17.11.2006, [L 5 KR 293/05](#), juris; zu Flugzeugführern BSG 28.05.2008, [B 12 KR 13/07 R](#), [SGB 2008, 401](#)) ausgeübt werden. Für die Statusabgrenzung ist sowohl nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (BAG) als auch nach der Rechtsprechung des BSG nicht entscheidend, an wie vielen verschiedenen Vorhaben der Betreffende teilgenommen hat und ob er auch für andere Auftraggeber tätig ist bzw war (BAG 09.10.2002, [5 AZR 405/01](#), juris RdNr 23). Erforderlich ist selbst im Rahmen eines Dauerrechtsverhältnisses stets eine Bewertung der einzelnen Arbeitseinsätze (BSG 28.05.2008, [B 12 KR 13/07 R](#), juris RdNr 26).

Abzustellen ist daher alleine auf die Tätigkeit des Beigeladenen zu 1) als Fahrer für die Klägerin in den Zeiträumen 01.01.2011 bis 30.06.2011 und 01.01.2012 bis 03.02.2012. Der Umstand, dass der Beigeladene zwischen dem 01.07.2011 und dem 31.12.2011 sowie nach dem 03.02.2012 Aufträge von anderen Auftraggebern angenommen hat, ist für die Beurteilung hier unbeachtlich. Dies gilt insbesondere, weil für den Senat aufgrund der eigenen Angaben des Beigeladenen zu 1) fest steht, dass dieser in den streitgegenständlichen Zeiträumen ausschließlich für die Klägerin gefahren ist.

Bei der versicherungsrechtlichen Beurteilung von Fahrertätigkeiten kommt es entscheidend darauf an, ob der Fahrer ein eigenes Fahrzeug für die Transporte einsetzt. Nach der Rechtsprechung des BSG kann die Benutzung eines eigenen Lkw und die damit einhergehende Lastentragung in Verbindung mit anderen Gesichtspunkten für eine selbstständige Tätigkeit sprechen (BSG 22.06.2005, [B 12 KR 28/03 R](#), [SozR 4-2400 § 7 Nr 5](#) mwN; 19.08.2003, [B 2 U 38/02 R](#), [SozR 4-2700 § 2 Nr 1](#)). Wird dagegen - wie hier - kein eigenes Transportmittel benutzt, spricht dies entscheidend für eine Eingliederung in den Betrieb des Auftraggebers. In einem solchen Fall hat der Fahrer weder rechtlich noch tatsächlich die Möglichkeit, Fahrten auf eigene Rechnung für andere Kunden durchzuführen. So hat auch hier der Geschäftsführer der Klägerin bestätigt, dass der Beigeladene zu 1) mit den Lkw der Klägerin keine Fahrten für andere Auftraggeber hat durchführen dürfen. Lkw-Fahrer ohne eigenen Lkw sind deshalb regelmäßig abhängig beschäftigt (Bayerisches LSG 09.05.2012, [L 5 R 23/12](#); Schleswig-Holsteinisches LSG 19.06.2009, [L 3 AL 24/08](#), Hessisches LSG 24.02.2009, [L 1 KR 249/08](#); LSG Baden-Württemberg 21.11.2008, [L 4 KR 4098/06](#); Senatsurteil vom 20.10.2015, [L 11 R 3898/14](#), alle veröffentlicht in juris; ebenso Segebrecht in jurisPK SGB IV, 3. Aufl 2016, § 7 Rn 161 mwN zur Rechtsprechung).

Unter Beachtung dieser Vorschriften und Grundsätze steht zur Überzeugung des Senats fest, dass der Beigeladene zu 1) in den von der Beklagten im angefochtenen Bescheid festgestellten Zeiträumen nicht selbstständig tätig, sondern bei der Klägerin abhängig beschäftigt war. Er setzte im Wesentlichen nur seine Arbeitskraft und keine Arbeitsmittel mit der ungewissen Aussicht darauf, Einnahmen zu erzielen, ein. Er bot mithin nicht - wie dies bei einem Unternehmer der Fall ist - neben seiner Arbeitskraft einen nennenswerten Einsatz an Sachmitteln, sondern nur seine Arbeitskraft an, wie dies jeder abhängig Beschäftigte tut (vgl hierzu auch LSG Baden-Württemberg 23.01.2004, [L 4 KR 3083/02](#); LSG Baden-Württemberg 21.11.2008, [L 4 KR 4098/06](#), juris).

Der Beigeladene zu 1) konnte zwar einen ihm angebotenen Auftrag annehmen oder ablehnen. Dieser Gesichtspunkt spielt hier jedoch - anders als das SG meint - keine ausschlaggebende Rolle. Die Möglichkeit, Aufträge anzunehmen oder abzulehnen, kann als Indiz für das Vorliegen einer selbstständigen Tätigkeit angesehen werden, weil damit der Beigeladene zu 1) über den Umfang seiner Tätigkeit selbst bestimmte. 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 (Senatsurteil vom 18.07.2013, [L 11 R 1083/12](#)). 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. Eine derartige Vereinbarung kann auch arbeitsrechtlich zulässig sein. Dabei handelt es sich dann idR nicht um eine Arbeit auf Abruf iSd § 12 Abs 1 Satz 1 des Gesetzes über Teilzeitarbeit und befristete Arbeitsverträge (TzBfG), sondern um auf den jeweiligen Einsatz bezogene Einzelarbeitsverträge (Ein-Tages-Arbeitsverhältnisse). Nach der Rechtsprechung des BAG sind die Arbeitsvertragsparteien nicht gezwungen, statt Einzelarbeitsverträgen ein Abrufarbeitsverhältnis nach [§ 12 TzBfG](#) zu begründen. Auch kann der Arbeitnehmer ein Interesse an einer solchen Vertragskonstruktion haben; denn er kann dadurch über seine Zeit frei verfügen und läuft nicht Gefahr, dass seine anderweitigen Dispositionen und Verpflichtungen mit der Verpflichtung zur Arbeitsleistung kollidieren (BAG 16.05.2012, [5 AZR 268/11](#), [BAGE 141, 348](#)). Derartige Einzelarbeitsverträge können auch in Kombination mit einem Rahmenvertrag vereinbart werden.

Im vorliegenden Fall kann dahinstehen, ob tatsächlich jeweils Einzelarbeitsverträge abgeschlossen worden sind, oder ein Vertrag über längere Zeiträume. Im Erörterungstermin vom 08.11.2016 hat der Beigeladene zu 1) angegeben, dass er sich jeweils für 14 Tage festgelegt hat. Tatsächlich ist der Beigeladene zu 1) in den hier maßgeblichen Zeiträumen fast täglich für die Klägerin gefahren. Selbst wenn man wie das SG davon ausgeht, dass der Beigeladene zu 1) nur als Urlaubsvertretung für fest angestellte Mitarbeiter der Klägerin tätig war, entsprach der Abschluss von Einzelarbeitsverträgen (über jeweils 14 Tage) exakt der Interessenlage sowohl der Klägerin als auch des Beigeladenen zu 1). Die Klägerin konnte mit der Beauftragung einen urlaubsbedingten Ausfall festangestellter Fahrer kompensieren. Der Beigeladene zu 1) konnte mit der Annahme von Fahraufträgen zusätzliches Einkommen erzielen und dennoch den Aufbau des Campingplatzes vorantreiben. Ob Dienstleistungen, die auf diese Weise über einen längeren Zeitraum erbracht werden, zu einem einheitlichen Abrufarbeitsverhältnis führen, bedarf hier keiner Entscheidung. Wird 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 selbstständige Tätigkeit dar. Im Übrigen ist bei der Beurteilung, ob eine Beschäftigung im Sinne von [§ 7 SGB IV](#) vorliegt, unbeachtlich, ob die konkrete Vertragsgestaltung arbeitsrechtlich zulässig ist. Die Möglichkeit, Aufträge nach freiem Entschluss anzunehmen oder abzulehnen führt daher nicht zwingend zur Annahme einer selbstständigen Tätigkeit.

Wenn der Beigeladene zu 1) den Auftrag angenommen hatte, musste er auftragsgemäß handeln; mit der Annahme eines Auftrags war er auch zeitlich und örtlich gebunden, sowie in den Betrieb der Klägerin eingebunden. Dies ergibt sich auch eindeutig aus den glaubhaften Aussagen des Beigeladenen zu 1) im Erörterungstermin vom 08.11.2016. Dort hat er angegeben, dass er sich jeweils für 14 Tage festgelegt und der Geschäftsführer der Klägerin dann von sich aus Aufträge entsprechend dieser Zeit gegeben hat. Wenn er ein Wochenende zu Hause sein wollte, hat er mitgeteilt, dass er keine Zeit habe. Sobald er sein Interesse an den Fahrten und einen Zeitraum genannt hat, hat er die einzelnen Fahrten nicht mehr mit dem Geschäftsführer ausgehandelt. Der Geschäftsführer hat ihn dann angerufen und mitgeteilt, an welchem Tag er wohin fahren solle. Für den Senat steht aufgrund dieser Aussagen fest, dass mit Annahme des Auftrags, für 14 Tage der Klägerin als Fahrer zur Verfügung zu stehen, eine persönliche zeitliche und inhaltliche Weisungsabhängigkeit des Beigeladenen zu 1) vorlag. Um einen klassischen Subunternehmervertrag handelt es sich dabei nicht.

Die vorliegende Gewerbebeanmeldung ist im Rahmen der Gesamtabwägung kein aussagekräftiges Kriterium, da eine Überprüfung durch das Gewerbeaufsichtsamt hinsichtlich des Vorliegens einer Beschäftigung nicht stattfindet. Gleiches gilt für den Gründungszuschuss und für den Umstand, dass in der Gewerbebeanmeldung nur eine Nebentätigkeit bezüglich der Fahrertätigkeiten angegeben worden ist. Bei einer Mehrheit von Tätigkeiten ist jede Tätigkeit in statusrechtlicher Hinsicht gesondert zu würdigen (allgemeines Gebot isolierter sozialversicherungsrechtlicher Betrachtung, BSG 04.11.2009, [B 12 R 7/08 R](#), SozR 4-2600 § 2 Nr 13). Dies gilt auch für eine Nebentätigkeit. Ein Selbständiger kann jederzeit daneben als abhängig Beschäftigter eine Nebentätigkeit ausüben.

Soweit der Beigeladene zu 1) Rechnungen mit ausgewiesener Mehrwertsteuer gestellt und sich auch steuerrechtlich dementsprechend als Gewerbebetrieb aufgeführt haben, kann dies nicht als wesentliches Indiz für eine selbstständige Tätigkeit gelten, denn dies gibt nur Aufschluss darüber, wie der Fahrer seine Tätigkeit selbst bewertet hat. Darauf kommt es aber hier nicht entscheidend an.

Zwar bestand ein gewisses unternehmerisches Risiko beim Beigeladenen zu 1). Maßgebliches Kriterium für ein solches Risiko eines Selbstständigen ist, ob eigenes Kapital oder die eigene Arbeitskraft auch mit der Gefahr eines Verlustes eingesetzt wird, der Erfolg des Einsatzes der Mittel also ungewiss ist (BSG 28.05.2008, [B 12 KR 13/07 R](#), juris). Der Beigeladene zu 1) erhielt für die geleistete Arbeit einen festen Tagessatz von 180 EUR und an Wochenenden 70 EUR. Der reduzierte Tagessatz für das Wochenende resultiert aus der Tatsache, dass am Wochenende vermehrt Standzeiten auftreten. Demnach verblieb beim Beigeladenen zu 1) zum einen ein Arbeitszeitrisiko. Zum anderen bestand theoretisch die damit verbundene Chance, mit geringerem Arbeitszeiteinsatz, einen größeren Gewinn zu erwirtschaften. Die Belastung mit Risiken gerade im Zusammenhang mit der hier im Vordergrund stehenden Verwertung der Arbeitskraft spricht aber 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 SozR 2200 § 1227 Nr 17; BSG [SozR 3-2400 § 7 Nr 13](#) mwN). Dies war hier aber nicht der Fall.

Im Rahmen des Unternehmerrisikos ist auch der Umstand zu berücksichtigen, dass der Kläger seine Ehefrau geringfügig mit 400 EUR pro Monat als Bürokräftin beschäftigt hat. Er trug demnach das Risiko der Arbeitslohnzahlung, auch wenn er keine Umsätze erwirtschaftet hätte. Dieser Umstand, der grundsätzlich für eine selbstständige Tätigkeit sprechen kann, tritt hier nach Ansicht des Senats jedoch aufgrund der nur geringfügigen Beschäftigung nur eines Arbeitnehmers - bei der es sich zudem um die Ehefrau handelt - und der geringen Lohnkosten im Vergleich zum Umsatz in der Gesamtabwägung zurück. Der Senat kann es deshalb auch dahinstehen lassen, ob den gezahlten 400 EUR tatsächlich eine adäquate Arbeitsleistung gegenüberstand.

Soweit der Beigeladene zu 1) während den Fahrten, die er für die Klägerin ausführte, sich mit seinem eigenen Telefon um Angelegenheiten seiner selbstständigen Tätigkeit (Aufbau des Campingplatzes) gekümmert hat, führt dies nicht zur Annahme einer selbstständigen Fahrertätigkeit. Zwar ist im Regelfall bei Arbeitnehmern eine Nebentätigkeit ohne Genehmigung des Arbeitgebers während der Arbeitszeiten ausgeschlossen, jedoch nicht per se undenkbar. Bei der Fahrertätigkeit muss berücksichtigt werden, dass mit persönlichen Telefonaten, die während der Fahrt mit einem eigenen Handy durchgeführt werden, üblicherweise keine Rechtsgüter des Arbeitgebers verletzt werden. Solche Telefonate haben deshalb auch in der Abwägung bezüglich selbstständiger Tätigkeit oder abhängiger Beschäftigung nur eine sehr untergeordnete Bedeutung.

In der Gesamtabwägung überwiegen nach Ansicht des Senats die Kriterien, die für abhängige Beschäftigung des Beigeladenen zu 1) sprechen.

Die Beklagte hat auch zu Recht Säumniszuschläge gemäß [§ 24 SGB IV](#) festgesetzt. Denn die Berechtigung, rückwirkend Säumniszuschläge zu erheben, beruht auf der vom Gesetzgeber implizit angestellten Vermutung, dass der Beitragsverpflichtete den Entstehungs- und Fälligkeitszeitpunkt seiner konkreten Verpflichtung kennt und deshalb für Rückstände verantwortlich ist, so dass insoweit grundsätzlich kein Vertrauensschutz in Frage kommt (vgl Seewald, Kasseler Kommentar zum Sozialversicherungsrecht, SGB IV, § 24 RdNr 13). Säumniszuschläge sind nach [§ 24 Abs 2 SGB IV](#) nur dann nicht zu erheben, soweit der Beitragsschuldner glaubhaft macht, dass er unverschuldet keine Kenntnis von der Zahlungspflicht hatte (vgl Schlegel in Küttner, Personalhandbuch 2011, Stichwort "Säumniszuschlag/Sozialversicherungsrecht" RdNr 16). Dies ist vorliegend gerade nicht der Fall. Die Klägerin hatte die Möglichkeit, den Status des Beigeladenen zu 1) durch die Einzugsstelle oder die Clearingstelle der Beklagten rechtsverbindlich klären zu lassen. Ein entsprechender Antrag hätte auch nahe liegen müssen, da der Beigeladene zu 1) zuvor schon eine Zeit lang bei der Klägerin abhängig beschäftigt war.

Die Kostenentscheidung beruht auf [§ 197a SGG](#) iVm [§ 154 Abs 1](#) Verwaltungsgerichtsordnung.

Die Festsetzung des Streitwerts beruht auf [§ 197a Abs 1 SGG](#) iVm [§§ 1 Abs 2 Nr 3](#), [47 Abs 1 S 1 und Abs 2](#), [52 Abs 3 1](#), [63 Abs 2 Satz 1](#) Gerichtskostengesetz (GKG). In Verfahren vor den Gerichten der Verwaltungs-, Finanz- und Sozialgerichtsbarkeit ist, soweit nichts anderes bestimmt ist, der Streitwert grundsätzlich nach der sich aus dem Antrag des Klägers für ihn ergebenden Bedeutung der Sache nach Ermessen zu bestimmen. Betrifft der Antrag wie vorliegend eine bezifferte Geldleistung oder einen hierauf gerichteten Verwaltungsakt, ist deren Höhe maßgebend ([§ 52 Abs 3 S 1 GKG](#)).

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

Rechtskraft

Aus

Login
BWB
Saved
2017-03-31