

## L 11 R 3962/15

Land  
Baden-Württemberg  
Sozialgericht  
LSG Baden-Württemberg  
Sachgebiet  
Rentenversicherung  
Abteilung  
11  
1. Instanz  
SG Heilbronn (BWB)  
Aktenzeichen  
S 5 R 820/13  
Datum  
06.07.2015  
2. Instanz  
LSG Baden-Württemberg  
Aktenzeichen  
L 11 R 3962/15  
Datum  
28.03.2017  
3. Instanz  
Bundessozialgericht  
Aktenzeichen

-  
Datum

-  
Kategorie  
Urteil

Die Berufung der Klägerin gegen das Urteil des Sozialgerichts Heilbronn vom 06.07.2015 wird zurückgewiesen.

Die Klägerin trägt auch die Kosten des Berufungsverfahrens.

Der Streitwert wird für das Klage- und das Berufungsverfahren auf je 1.419,07 EUR festgesetzt.

Tatbestand:

Streitig ist eine von der Beklagten geltend gemachte Nachforderung von Beiträgen zur Sozialversicherung in Höhe von 1.419,07 EUR betreffend den Zeitraum 11.07.2011 bis 31.07.2011 und in diesem Zusammenhang die Frage, ob der Beigeladene zu 1) bei der Klägerin abhängig beschäftigt war und Versicherungspflicht in den einzelnen Zweigen der Sozialversicherung bestand.

Die Klägerin, eine OHG, bietet Trockenbauarbeiten an und beschäftigte im Juli 2011 hierfür fünf Arbeitnehmer. Am 11.07.2011 schlossen die Klägerin und der 1964 geborene aus Ungarn stammende Beigeladene zu 1) einen "Werkvertrag", der auszugsweise wie folgt lautet:

"§ 1 Gegenstand des Vertrages Der Auftragnehmer übernimmt mit eigenen Arbeitskräften Montageaufträge (Vollgipswände) auf den Baustellen des Auftraggebers. Für die jeweiligen Baustellen werden Auftragschreiben ausgestellt, deren Grundlage dieser Werkvertrag sowie das Leistungsverzeichnis ist. Die Arbeitseinteilung wird zwischen dem Auftragnehmer und dem Auftraggeber bzw. dessen Bevollmächtigten so festgelegt, dass eine Störung des Betriebsablaufes der Baustelle vermieden wird.

§ 2 Verpflichtungen des Auftragnehmers 2.1 Die Terminvorgaben des Auftraggebers sind für den Auftragnehmer bindend. Dies gilt für Zwischen- und Endtermine. 2.2 Der Auftragnehmer verpflichtet sich, eine qualitativ einwandfreie und fachmännische Leistung gemäß den vom Auftraggeber erstellten Vorgaben auszuführen. 2.3 Der Auftragnehmer verpflichtet sich, mit seinem Personal die geltenden Sicherheits- und Unfallverhütungsvorschriften einzuhalten. [ ] 2.6 Es gilt als vereinbart, dass das Personal des Auftragnehmers zu den baustellenüblichen Beschäftigungszeiten anwesend ist und ein deutschsprachiger Ansprechpartner jederzeit zur Verfügung steht. [ ] 2.10 Der Auftragnehmer verpflichtet sich, mit dem zur Verfügung gestellten Material des Auftraggebers sorgfältig und sparsam umzugehen und erkennt folgende Mengenvorgaben als bindend an: [ ] Ein unbegründeter Mehrverbrauch geht zulasten des Auftragnehmers.

§ 3 Verpflichtungen des Auftraggebers 3.1 Das für die Ausführung der vertraglich festgelegten Arbeiten erforderliche Material und die Verbrauchsstoffe werden vom Auftraggeber kostenlos und zeitgerecht zur Verfügung gestellt, damit der Auftragnehmer die Arbeiten kontinuierlich ausführen kann. [ ]

§ 5 Gewährleistung Der Auftragnehmer übernimmt für seine Leistung die volle Gewährleistung für die Dauer von fünf Jahren nach Abnahme durch den Bauherrn. [ ]

§ 7 Laufzeit und Änderungen des Vertrages 7.2 Der Vertrag hat eine Laufzeit von einem Jahr und verlängert sich jeweils um ein weiteres Jahr, wenn nicht 3 Monate vor Vertragsende von einer der Vertragsparteien schriftlich gekündigt wird."

Die Klägerin beauftragte den Beigeladenen zu 1) mit "Auftrag" vom 11.07.2011 mit dem Herstellen und Verspachteln von Gipswänden im Bauvorhaben H.-Straße in A ... Vereinbart wurde eine Bezahlung nach Quadratmeter: 600 m<sup>2</sup> Einbauen und Verspachteln von Vollgipswänden á 12 EUR und 600 m<sup>2</sup> Verspachteln von Vollgipswänden á 6 EUR. Am 13.07.2011 wurde vom Beigeladenen zu 1) ein

Leistungsverzeichnis als Angebot über Gipswände für diverse Bauvorhaben im Umkreis von 100 km von A. erstellt.

Am 12.07.2011 meldete der Beigeladene zu 1) ein Gewerbe mit dem Schwerpunkt "Holz- und Bautenschutzhandwerk, Fliesenleger, Trockenbauhandwerk" an.

Am 27.07.2011 wurde der Beigeladene zu 1) bei einer Kontrolle durch das Hauptzollamt A. auf der Baustelle befragt. Er gab an, dass er seit zwei Wochen für die Klägerin arbeite. Er selbst habe Herrn K. gesagt, dass er selbstständig für ihn tätig werden wolle. Herr K. habe auch angeboten, dass er als Arbeitnehmer tätig werden könne. Dies habe er aber nicht gewollt. Er habe 500 EUR für die Selbstständigkeit investiert und aus Ungarn einen Teil Werkzeug mitgebracht. Den Rest habe er in Deutschland gekauft. Von Herrn K. bekomme er kein Werkzeug. Sein Wohnsitz sei auch sein Büro. Er habe Herrn K. 5 EUR pro Quadratmeter angeboten. Dieser habe 6 EUR pro Quadratmeter zahlen wollen. Bedingung sei gewesen, dass dieser die Arbeiten kontrolliere und die 6 EUR nur zahle, wenn die Arbeitsleistung stimme. Die Abrechnung sei grundsätzlich nach Quadratmeter geplant. Nur die Regiestunden würden nach Stunden in Rechnung gestellt. Regiestunden kämen dann zu Stande, wenn sich der Plan ändere und Änderungen durchzuführen seien. Am Tag arbeite er ca. 8 Stunden ohne Pause, mit Pause ca. 9 Stunden. Die Arbeitszeiten schreibe er nicht auf, lediglich die Regiestunden. Dies sei jedoch noch nicht vorgekommen. Diese würden auch vom Bauleiter unterschrieben werden. Er fahre mit seinem Kollegen, der gleich gelagerte Vertragsgestaltungen wie er mit der Klägerin habe, mit seinem eigenen Auto auf die Baustelle. Er trage ein T-Shirt von K., weil er keine Arbeitskleidung gehabt habe und froh gewesen sei, dass er ein solches T-Shirt bekommen habe. Er habe zwei solcher T-Shirts erhalten, müsse sie aber nicht tragen. Das zu verarbeitende Material bekomme er immer von Herrn K. ... Diesen rufe er an und sage, was fehle. K. komme dann vorbei und bringe das Material auf die Baustelle. Geld müsse er keines dafür bezahlen.

Am 09.08.2011 stellte der Beigeladene zu 1) der Klägerin eine Rechnung über 3.615 EUR. Der Betrag setzt sich wie folgt zusammen: 500 m<sup>2</sup> Gipsdielen Spachtel á 6 EUR, 45 Eckkleisten setzen und verspachteln á 5 EUR und 13 Stunden Arbeit á 30 EUR. Mehrwertsteuer wurde keine erhoben. Auf die Kleinunternehmerregelung nach [§ 19 UStG](#) wurde verwiesen.

Die Beklagte hörte die Klägerin mit Schreiben vom 04.11.2011 zur Nachforderung zur Sozialversicherung in Höhe von insgesamt 1.419,07 EUR (inklusive Säumniszuschläge iHv 40,50 EUR) an. Aufgrund der durchgeführten Prüfung nach [§ 28p Abs 1 SGB IV](#) iVm [§ 2 Abs 2 Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetz](#) sei festzustellen, dass die Klägerin die für die Beurteilung der Versicherungspflicht maßgebenden Rechtsvorschriften hinsichtlich der Meldung von Beschäftigungsverhältnissen und der Zahlung des Gesamtsozialversicherungsbeitrages nicht immer richtig angewandt habe. Der Beigeladene zu 1) sei ohne Anmeldung zur Sozialversicherung vom 11.07.2011 bis 31.07.2011 beschäftigt worden. Nach dem Gesamtbild der ausgeübten Tätigkeit sei er weder persönlich noch sachlich unabhängig und übe deshalb kein Gewerbe aus. Nach Gesamtwürdigung aller zur Beurteilung der Tätigkeit relevanten Tatsachen würden daher deutlich die Merkmale für ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis überwiegen. Das Arbeitsverhältnis des Beigeladenen zu 1) habe daher der Versicherungspflicht in der Kranken-, Pflege- und Rentenversicherung sowie der Beitragspflicht nach dem Recht der Arbeitsförderung unterliegen.

Im Anhörungsverfahren machte die Klägerin geltend, dass der Beigeladene zu 1) an sie herangetreten sei, um seine Leistungen anzubieten. Nach Hereingabe des von ihm ausgefüllten Leistungsverzeichnisses sei es zur Unterzeichnung eines Werkvertrages gekommen. Der Beigeladene zu 1) sei in der Lage, einen Auftrag abzulehnen. Ihm werde weder Werkzeug noch ein Kfz zur Verfügung gestellt. Er stehe ihr gegenüber in der Gewährleistungspflicht. Telefonisch teilte Herr K. für die Klägerin mit, dass abhängig beschäftigten Arbeitnehmern in der Firma nur 3,50 EUR pro verlegten Quadratmeter gezahlt werde.

Mit Bescheid vom 20.12.2011 forderte die Beklagte von der Klägerin 1.419,07 EUR (inkl. 40,50 EUR Säumniszuschläge) für die Zeit vom 11.07.2011 bis 31.07.2011 nach. Die Begründung des Bescheides deckt sich im Wesentlichen mit den Ausführungen im Anhörungsschreiben. Den hiergegen eingelegten Widerspruch wies die Beklagte mit Widerspruchsbescheid vom 27.02.2013 zurück.

Hiergegen hat die Klägerin am 12.03.2013 Klage zum Sozialgericht Heilbronn (SG) erhoben. Mit Urteil vom 06.07.2015 hat das SG die Klage abgewiesen und zur Begründung ausgeführt, dass die Beklagte zu Recht die Tätigkeit des Beigeladenen zu 1) bei der Klägerin als abhängige Beschäftigung beurteilt habe. Der vorliegende Werkvertrag iVm dem Leistungsverzeichnis sei bereits deswegen von begrenzter Aussagekraft, weil es sich nach den eigenen Angaben der Klägerin um einen vorgefertigten Formularvertrag handle, welcher nicht in jeder Hinsicht auf die Zusammenarbeit mit dem Beigeladenen angepasst worden sei. Als gewichtiges Indiz für eine abhängige Beschäftigung sei zu werten, dass nach den eigenen Angaben der Gesellschafter der Klägerin in der mündlichen Verhandlung am 06.07.2015 vor dem SG sich die Tätigkeit des Beigeladenen - abgesehen von der vertraglichen Grundlage und der Höhe der Vergütung - nicht von der Tätigkeit der im Juli 2011 bei der Klägerin beschäftigten Arbeitnehmer unterschieden habe. Gegen eine selbständige Tätigkeit spreche das Fehlen eines sogenannten Unternehmerrisikos. Für den Beigeladenen habe letztlich lediglich das Risiko bestanden, dass geleistete Arbeit nicht bezahlt werde oder dass er keine Aufträge erhalte. Zum echten Unternehmerrisiko werde dieses Risiko erst, wenn nicht nur kein Einkommen erzielt werde, sondern zusätzlich auch Kosten für betriebliche Investitionen und/oder früher getätigte Investitionen brach liegen würden. Diese Risiken hätten vorliegend nicht bestanden. Dass der Beigeladene eigenes Werkzeug im Wert von ca 500 EUR benutzt habe, sei für die Annahme eines Unternehmerrisikos zu unbedeutend. Gegen ein Unternehmerrisiko spreche auch, dass er nicht nur keine eigenen Arbeitnehmer beschäftigt habe, sondern noch nicht einmal das benötigte Material selbst beschafft habe; dieses sei ihm von der Klägerin zur Verfügung gestellt worden.

Gegen das den Klägerbevollmächtigten am 31.08.2015 zugestellte Urteil haben diese am 18.09.2015 Berufung zum Landessozialgericht Baden-Württemberg eingelegt.

Die Klägerin ist der Auffassung, dass im vorliegenden Fall ein typischer für die Branche üblicher Werkvertrag geschlossen worden sei. Der Umstand, dass der Beigeladene zu 1) zwar gemäß dem Vertrag berechtigt gewesen sei, eigene Mitarbeiter einzusetzen, er hiervon jedoch keinen Gebrauch gemacht habe, könne nicht gegen eine selbstständige Tätigkeit verwandt werden. Denn nach der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts (BSG) sei die Nichtausübung eines Rechts unbeachtlich. Die Vergleichbarkeit der Tätigkeit der eigenen Arbeitnehmer der Klägerin mit der Tätigkeit des Beigeladenen ergebe sich aus der Natur der Sache. Der Beigeladene habe die von ihm übernommenen Wohnungseinheiten vollständig alleine abgearbeitet. Der Umstand, dass er Aufträge ablehnen habe können, spreche für Selbstständigkeit. Eine solche Vertragsgestaltung sei bei einem Arbeitnehmer - wenn überhaupt - der absolute Ausnahmefall. Im Übrigen ergebe sich daraus auch ein relevantes Unternehmerrisiko. Die Argumentation des SG, dass der Beigeladene nach Auftragsannahme keinen Einfluss auf den

Arbeitsort und die Art und Weise der ausgeübten Tätigkeit mehr gehabt habe, sei abwegig. Der Ort, an dem Trennwände im Trockenbau aufzustellen seien, ergebe sich zwingend aus dem Ort der Baustelle und liege somit in der Natur der Sache. Die Stellung von Material durch den Generalunternehmer bzw. Oberunternehmer im Baurecht komme häufig vor. Die in § 5 des Werkvertrages vereinbarte unentgeltliche Nacharbeit sei als Unternehmerrisiko zu werten.

Die Klägerin beantragt,

das Urteil des Sozialgerichts Heilbronn vom 06.07.2015 und den Bescheid der Beklagten vom 20.12.2011 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 27.02.2013 aufzuheben.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Die Beigeladenen haben keine eigenen Sachanträge gestellt.

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 Berufung der Klägerin hat keinen Erfolg.

Die nach den [§§ 143, 144, 151 Abs 1 SGG](#) form- und fristgerecht eingelegte Berufung der Klägerin ist zulässig, aber unbegründet. Das SG hat die Klage zu Recht abgewiesen, da der angefochtenen Bescheid der Beklagten rechtmäßig ist und die Klägerin nicht in ihren Rechten verletzt.

Zwischen dem Beigeladenen zu 1) und der Klägerin bestand im streitigen Zeitraum vom 11.07.2011 bis 31.07.2011 ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis, das Versicherungspflicht in der gesetzlichen Kranken-, sozialen Pflege-, gesetzlichen Renten- und der Arbeitslosenversicherung begründete. Die festgestellte Beitragsnachforderung iHv 1.419,07 EUR ist nicht zu beanstanden.

Der angefochtene Bescheid ist formell rechtmäßig; die erforderliche Anhörung ([§ 24 SGB X](#)) ist erfolgt. Rechtsgrundlage für den Erlass des angefochtenen Beitragsbescheides ist [§ 28p Abs 1 SGB IV](#). Danach prüfen die Träger der Rentenversicherung bei den Arbeitgebern, ob diese ihre Meldepflichten und ihre sonstigen Pflichten nach dem SGB IV erfüllen und erlassen im Rahmen dessen Verwaltungsakte zur Versicherungspflicht und zur Beitragshöhe in den einzelnen Sozialversicherungszweigen. 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 sowie die Inso-Umlage (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: Knickrehm/Kreikebohm/Waltermann (Hg.), Kommentar zum Sozialrecht, 4. Aufl 2015, [§ 28p SGB IV](#) RdNr 4, 12). 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.

Als Arbeitsentgelt gelten gemäß [§ 14 Abs 1 Satz 1 SGB IV](#) alle laufenden oder einmaligen Einnahmen aus einer Beschäftigung, gleichgültig, ob ein Rechtsanspruch auf die Einnahmen besteht, unter welcher Bezeichnung oder in welcher Form sie geleistet werden und ob sie unmittelbar aus der Beschäftigung oder im Zusammenhang mit ihr erzielt werden. Um das Bestehen von Versicherungs- und Beitragspflicht sowie ggf die Höhe der zu entrichtenden Beiträge feststellen zu können, war es schon immer eine selbstverständliche Pflicht des Arbeitgebers, hierüber geeignete Aufzeichnungen anzufertigen. Diese Pflicht ist seit 1989 ausdrücklich in [§ 28f Abs 1 Satz 1 SGB V](#) normiert (Baier in Krauskopf, Soziale Krankenversicherung Pflegeversicherung, [§ 28f SGB IV](#) RdNr 3).

Der Beigeladene zu 1) ist in Bezug auf die Tätigkeit für die Klägerin im hier Streitgegenständlichen Zeitraum als Beschäftigter im Sinne des [§ 7 Abs 1 SGB IV](#) tätig gewesen und unterliegt 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 SGB VI](#)), der gesetzlichen Krankenversicherung ([§ 5 Abs 1 Nr 1 SGB V](#)), der sozialen Pflegeversicherung ([§ 20 Abs 1 Satz 2 Nr 1 SGB XI](#)) und der Arbeitslosenversicherung ([§ 25 Abs 1 SGB III](#)).

Beurteilungsmaßstab für das Vorliegen einer abhängigen Beschäftigung ist [§ 7 Abs 1 SGB IV](#). Danach ist Beschäftigung die nichtselbstständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis. Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundessozialgerichts (BSG 24.01.2007, [B 12 KR 31/06 R](#), SozR 4-2400 § 7 Nr 7, BSG 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 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. Ob jemand abhängig beschäftigt oder selbstständig tätig ist, hängt davon ab, welche Merkmale überwiegen (zur Verfassungsmäßigkeit der Abgrenzung zwischen abhängiger Beschäftigung und selbstständiger Tätigkeit Bundesverfassungsgericht 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).

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 08.08.1990, [11 RAr 77/89](#), [SozR 3-2400 § 7 Nr 4](#); BSG 08.12.1994, [11 RAr 49/94](#), [SozR 3-4100 § 168 Nr 18](#)). In diesem Sinne gilt, dass die tatsächlichen Verhältnisse den Ausschlag geben, wenn sie von Vereinbarungen abweichen (BSG 01.12.1977, 12/3/12 RK 39,74, [BSGE 45, 199](#), 200 ff; BSG 04.06.1998, [B 12 KR 5/97 R](#), [SozR 3-2400 § 7 Nr 13](#); BSG 10.08.2000, [B 12 KR 21/98 R](#), [BSGE 87, 53](#), 56 = [SozR 3-2400 § 7 Nr 15](#); 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 29.08.2012, [B 12 KR 25/10 R](#), [SozR 4-2400 § 7 Nr 17](#) und [B 12 KR 14/10 R](#), juris).

Nach den genannten Grundsätzen gelangt der Senat unter Abwägung aller Umstände zu der Überzeugung, dass der Beigeladene zu 1) bei der Klägerin im streitgegenständlichen Zeitraum eine abhängige sozialversicherungspflichtige Beschäftigung ausgeübt hat. Der Beigeladene zu 1) hat für die Klägerin im hier streitigen Zeitraum auf der Baustelle "H.-Straße" in A. als Trockenbauer Vollgipswände verspachtelt, sowie Eckleisten gesetzt und verspachtelt. Diese Arbeiten können nicht nur im Rahmen von Arbeitsverhältnissen, sondern grundsätzlich auch in nichtabhängiger Beschäftigung getätigt 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 Rn 23). Erforderlich ist auch im Rahmen eines Dauerrechtsverhältnisses stets eine Bewertung der einzelnen Arbeitseinsätze (BSG 08.11.2015, [B 12 KR 16/13 R](#), [BSGE 120, 99](#); BSG 28.05.2008, [B 12 KR 13/07 R](#), juris). Es ist daher allein auf die Tätigkeit des Beigeladenen zu 1) auf dieser Baustelle für die Klägerin abzustellen. Im Übrigen war der Beigeladene zu 1) im hier streitgegenständlichen Zeitraum auch nur für die Klägerin tätig. Er arbeitete nach den glaubhaften eigenen Angaben täglich ca. 8 Stunden ohne Pause, mit Pause ca. 9 Stunden auf der Baustelle.

Die Klägerin schloss mit dem Beigeladenen zu 1) am 11.07.2011 eine als "Werkvertrag" bezeichnete Vereinbarung, deren Inhalt auf einen Subunternehmer mit eigenen Arbeitnehmern abstellt. Am 13.07.2011 unterzeichnete der Beigeladene ein Leistungsverzeichnis (Angebot über Gipswände), wonach für lot- und fluchtgerechtes Erstellen von Gipstrennwänden inklusiv Verspachtelung und Transport vom LKW ins Geschoss pro Quadratmeter 12 EUR, für das Einbauen von Eckschutzschienen pro Stück 5 EUR und als Stundenlohnsatz mit allen Nebenleistungen 30 EUR enthalten ist. Die hier maßgeblich ausgeübten Tätigkeiten wurden mit Auftrag vom 11.07.2011 von der Klägerin beauftragt, wobei der Auftrag 600 m<sup>2</sup> Einbauen und Verspachteln von Vollgipswänden á 12 EUR und 600 m<sup>2</sup> Verspachteln von Vollgipswänden á 6 EUR enthielt. Mit Rechnung vom 09.08.2011 stellte der Beigeladene zu 1) seine im streitgegenständlichen Zeitraum durchgeführten Arbeiten der Klägerin in Rechnung. Hierbei berechnete er 500 m<sup>2</sup> Gipsdielen spachteln á 6 EUR, 45 Stück Eckleisten setzen und verspachteln á 5 EUR und 13 Stunden Arbeitszeit á 30 EUR (insgesamt 3.615 EUR)

Mit Blick auf die vertraglichen Verhältnisse ist festzustellen, dass weder der geschlossene Vertrag in Verbindung mit dem Leistungsverzeichnis noch der konkret ausgestellte Auftrag tatsächlich vollumfänglich gelebt worden sind. Dies beginnt schon damit, dass das Leistungsverzeichnis die Leistung des reinen Verspachtelns von Vollgipswänden gar nicht enthält. Zudem wurden im Auftrag zusätzlich zum Verspachteln von Vollgipswänden 600 m<sup>2</sup> Einbauen und Verspachteln von Vollgipswänden á 12 EUR beauftragt. Diese Leistung wurde gar nicht abgerechnet. Der "Werkvertrag" enthält Regelungen für Subunternehmer mit eigenen Arbeitnehmern (zB Nr. 2.5 - Entladung mit mindestens 3 Arbeitnehmern, Anwesenheitspflicht für Personal), welche von vornherein auf den Beigeladenen zu 1) keine Anwendung finden konnten.

Für den Senat steht deshalb fest, dass der Beigeladene zu 1) letztlich der Klägerin nicht die Erfüllung eines Werkes, sondern seine Arbeitskraft schuldet. Dies ergibt sich nicht zuletzt aus dem Umstand, dass nach der vertraglichen Grundlage Anwesenheitspflicht während der baustellenüblichen Beschäftigungszeiten auf der Baustelle bestand und der Beigeladene zu 1) tatsächlich ganztags auch auf der Baustelle arbeitete. Ferner enthält der Vertrag in § 2 unter 2.2 einen Passus, wonach sich der Beigeladene zu 1) verpflichtet, eine qualitativ einwandfreie und fachmännische Leistung gemäß den von der Klägerin erbetenen Vorgaben auszuführen. Dies wertet der Senat als eine vertraglich vereinbarte Direktionsbefugnis der Klägerin, die auch die auf der Grundlage dieses Rahmenvertrages erteilten Einzelaufträge umformt.

Der Beigeladene zu 1) war in seiner Tätigkeit auch von der Klägerin weisungsabhängig. Als Indiz hierfür wertet der Senat zunächst den Umstand, dass die tatsächliche Tätigkeit (siehe Rechnung) von der im Auftrag festgelegten Tätigkeit abweicht. Eine zwischenzeitliche einvernehmliche Änderung des Vertrages ist weder vorgetragen noch aktenkundig. Zum anderen war der Beigeladene zu 1) nicht frei, wann und wo er die Arbeiten zu verrichten hatte. Dies wurde vom Bauleiter eingeteilt. Der Senat erkennt hierbei nicht, dass bei einer Baustelle immer eine Koordination der unterschiedlichen Gewerke notwendig ist und daraus alleine sich noch keine abhängige Beschäftigung ergibt. Dennoch war der Beigeladene während des übernommenen Auftrags bezüglich des Arbeitsortes und der Arbeitszeit nicht frei. Er war nach dem "Werkvertrag" verpflichtet, auf der Baustelle anwesend zu sein. Dem Weisungsrecht steht nicht entgegen, dass dieses auch eingeschränkt und "zur dienenden Teilhabe am Arbeitsprozess verfeinert" sein kann, wenn der Beschäftigte nur in den Betrieb eingegliedert ist (BSG 18.12.2001, [B 12 KR 8/01 R](#), [SozR 3-2400 § 7 Nr 19](#)). Selbst wenn der Beigeladene zu 1) in der Einteilung seiner Arbeitszeit frei gewesen sein sollte, was der vertraglichen Regelung und der tatsächlichen Arbeitszeit widerspricht, stünde dies einer Eingliederung in den Betriebsablauf nicht entgegen, da derartige Freiheiten auch bei abhängig Beschäftigten heutzutage nicht unüblich sind. Gegenüber der Klägerin hat sich der Beigeladene zu 1) im Ergebnis lediglich dazu verpflichtet, seine Arbeitskraft zur Verfügung zu stellen und eine Leistung zu erbringen, die im Rahmen einer von der Klägerin gegenüber einem Dritten, nämlich ihrem Auftraggeber (Endkunden, Bauherren), geschuldeten Werk erforderlich war. Der Beigeladene zu 1) war damit in die von der Klägerin geschuldete Auftragserledigung eingebunden.

Für eine Eingliederung in den Betrieb der Klägerin spricht auch der Umstand, dass der Beigeladene zu 1) während der Tätigkeit von der Klägerin erhaltene und mit deren Logo bedruckte T-Shirts trug. Die Klägerin stellte ihm zwei solcher T-Shirts bei Arbeitsbeginn zur Verfügung. Der Beigeladene zu 1) war demnach gegenüber Dritten auf der Baustelle als Mitarbeiter der Klägerin erkennbar. Dies wäre für einen typischen Subunternehmer außergewöhnlich.

Zwar war der Beigeladene zu 1) sowohl nach dem Werkvertrag als auch dem übereinstimmenden Vorbringen der Klägerin und des Beigeladenen zu 1) nicht verpflichtet, die ihm von der Klägerin zgedachten Aufträge anzunehmen. Die Möglichkeit, Aufträge anzunehmen oder abzulehnen, kann als Indiz für das Vorliegen einer selbständigen 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. Ob Dienstleistungen, die auf diese Weise über einen längeren Zeitraum erbracht werden, zu einem einheitlichen Abrufarbeitsverhältnis führen, bedarf hier keiner Entscheidung. Dies gilt schon deshalb, weil hier der erste Auftrag zwischen den Beteiligten beurteilt wird. 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 selbständige Tätigkeit dar. 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. Im Übrigen ist bei der Beurteilung, ob eine Beschäftigung im Sinne von [§ 7 SGB IV](#) vorliegt, unbeachtlich, ob die konkrete Vertragsgestaltung arbeitsrechtlich zulässig ist. Entgegen der Auffassung der Klägerin führt die Möglichkeit, Aufträge nach freiem Entschluss anzunehmen oder abzulehnen daher nicht zwingend zur Annahme einer selbständigen Tätigkeit.

Für eine selbstständige Tätigkeit spricht, dass der Beigeladene zu 1) nach dem Werkvertrag Mitarbeiter einsetzen durfte. Dies ist ein Indiz für selbstständige Tätigkeit, da bei einem abhängigen Beschäftigungsverhältnis regelmäßig die persönliche Leistungserbringung gefordert wird (vgl BSG 17.12.2014, [B 12 R 13/13 R](#), SozR 4-2400 § 28p Nr 4). Da der Beigeladene zu 1) jedoch weder Arbeitnehmer beschäftigt noch Subunternehmer eingesetzt, sondern die Leistung höchstpersönlich erbracht hat, misst der Senat diesem Indiz keine entscheidende Bedeutung zu.

Schließlich liegt zwar ein geringes Unternehmerrisiko des Beigeladenen zu 1) vor, das aber hier in der Gesamtabwägung nicht entscheidend für eine selbstständige Tätigkeit spricht. Zum einen setzte der Beigeladene zu 1) eigenes Werkzeug ein und trägt insoweit das Risiko des Kapitaleinsatzes. Jedoch hat das Werkzeug (Wert ca. 500 EUR) im Verhältnis zum Umsatz nur einen geringen Wert. Der Umstand, dass die zu verbauenden Materialien von der Klägerin gestellt wurden, spricht weder für noch gegen ein Unternehmerrisiko. Denn dies ist für größere Bauvorhaben nicht außergewöhnlich.

Für eine selbstständige Tätigkeit spricht die Art der Vergütung nach Quadratmeterpreisen und deren Höhe. Denn mit der letztlich erfolgsabhängigen Vergütung war es dem Kläger möglich, durch schnelle Arbeit seinen Verdienst zu erhöhen. Gleichzeitig trug er bei längerem Zeitaufwand aber auch das Risiko, seinen Arbeitseinsatz geringer entlohnt zu erhalten. Der Senat misst diesem Umstand im vorliegenden Einzelfall jedoch kein entscheidendes Gewicht für eine selbstständige Tätigkeit zu. Denn der Klägervorteiler hat im Anhörungsverfahren gegenüber der Beklagten selbst angegeben, dass auch die beschäftigten Arbeitnehmer nach verlegten Quadratmetern (3,50 EUR) bezahlt worden sind. Die Art der Vergütung unterscheidet sich demnach zwischen den angestellten Beschäftigten und dem Beigeladenen zu 1) nicht. Ein Unterschied ergibt sich bezüglich der Höhe. Dieser Unterschied ist ein Indiz für eine selbstständige Tätigkeit.

Auch fällt der Umstand, dass der "Werkvertrag" eine volle Gewährleistung durch den Beigeladenen zu 1) und damit eine möglicherweise unbezahlte Nacharbeit vorsieht als Indiz für Nichtselbstständigkeit hier nicht entscheidend ins Gewicht. Denn zum einen gibt es keinen Anhaltspunkt dafür, dass dies im hier zu beurteilenden Auftragsverhältnis vom 11.07.2011 bis 31.07.2011 zum Tragen gekommen ist. Zum anderen kann der Rechnung gerade entnommen werden, dass der Beigeladene zu 1) auch Arbeitsstunden extra abgerechnet hat. Der Anfall von Regiestunden fiel demnach gerade nicht in das Risiko des Beigeladenen.

Insgesamt hatte der Beigeladene zu 1) wenig unternehmerischen Spielraum. Letztlich beliefen sich die unternehmerischen Chancen und Risiken darauf, mit eigenem Werkzeug und unter Einsatz der eigenen Arbeitskraft Einkommen zu erzielen. Das Risiko, für den Einsatz von Arbeitskraft aber kein Entgelt zu erhalten, ist aber gerade kein typisches Unternehmer-, sondern ein typisches Arbeitnehmermerrisiko.

Die Gewerbeanmeldung des Beigeladenen zu 1) kann nicht als wesentliches Indiz dafür herangezogen werden, dass er selbstständig tätig gewesen ist, 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 selbstständige Tätigkeit voraus, begründen aber für sich allein keine solche (ua Beschluss des Senats vom 19.07.2012, L 11 KR 1789/12 ER-B). 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.

In der Gesamtschau überwiegen daher in diesem Einzelfall für den Senat die Gesichtspunkte, die für eine abhängige Beschäftigung sprechen.

Die Festsetzung der Säumniszuschläge auf Grundlage des [§ 24 Abs 2 SGB IV](#) ist zutreffend erfolgt und nicht zu beanstanden. Fehler im Hinblick auf die Beitragsberechnung sind weder vorgetragen, noch ersichtlich.

Die Kostenentscheidung beruht auf [§ 197a Abs 1 Satz 1 SGG](#) iVm [§ 154 Abs 2 VwGO](#).

Die Festsetzung des Streitwerts beruht auf [§ 197a Abs 1 SGG](#) iVm [§§ 1 Abs 2 Nr 3](#), [47 Abs 1](#) und 2, [52 Abs 3 S 1](#) Gerichtskostengesetz (GKG). In Verfahren vor den Gerichten der 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 des Klägers 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

2017-04-03