

L 10 R 258/17

Land
Baden-Württemberg
Sozialgericht
LSG Baden-Württemberg
Sachgebiet
Rentenversicherung
Abteilung
10
1. Instanz
SG Mannheim (BWB)
Aktenzeichen
S 7 R 3958/15
Datum
27.12.2016
2. Instanz
LSG Baden-Württemberg
Aktenzeichen
L 10 R 258/17
Datum
29.06.2017
3. Instanz
Bundessozialgericht
Aktenzeichen

-
Datum

-
Kategorie
Urteil

Die Berufung der Klägerin gegen den Gerichtsbescheid des Sozialgerichts Mannheim vom 27.12.2016 wird zurückgewiesen.

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

Tatbestand:

Streitig ist die Rechtmäßigkeit eines im Rahmen der Betriebsprüfung ergangenen Bescheides über die Nachforderung von Beiträgen zur Sozialversicherung für den Zeitraum vom 01.10.2009 bis 31.01.2013 in Bezug auf die Tätigkeit des Beigeladenen zu 1 bei der Klägerin.

Die Klägerin betreibt seit Januar 2005 den Handel, den Import und Export mit Großküchen, Ladeneinrichtungen und Industriemaschinen (Gewerbeanmeldung Blatt 125 VA). Dabei ist Geschäftsgegenstand auch der Verkauf von Großküchengeräten an Dönerbuden oder Restaurants. Für den Einbau und die Installation der Großküchen kommen - sofern die Tätigkeiten nicht von den eigenen drei bis vier angestellten Mitarbeitern, die allerdings überwiegend im Verkauf und im Handel tätig sind, verrichtet werden können - auch Betriebsfremde zum Einsatz (Blatt 126 VA, Blatt 127 Rückseite SG-Akte).

Der 1961 in Bulgarien geborene Beigeladene zu 1 kam im Jahre 2008/2009 nach Deutschland. Da er wegen seines ausländerrechtlichen Status nur die Möglichkeit der selbständigen Tätigkeit sah (Blatt 25 Rückseite der SG-Akte), meldete er im Oktober/November 2010 ein Gewerbe "Einbau von genormten Baufertigteilen (z. B. Fenster, Türe, Zargen, Regale); Demontage" an. Mitte 2014 wurde er angestellt. Bis zum Kontakt mit der Klägerin arbeitete er nacheinander für verschiedene Auftraggeber. Ab dem Jahre 2009 wurde er von der Klägerin im Rahmen derer Einbauprojekte in verschiedenen Städten (O., V.-S., F., M., L., K., H., S., B.) im Trockenbau (u.a. Verlegung von Lüftungsrohren, Fliesen) eingesetzt und er war der Fachmann der Klägerin für diese Tätigkeiten (Blatt 26 Rückseite SG-Akte). Der Beigeladene zu 1 stellte im streitigen Zeitraum Rechnungen (jedenfalls für die Monate Oktober bis Dezember 2009, September bis November 2010, Januar bis Februar 2011, Juli bis November 2011, Januar bis Februar 2012 und Januar 2013), zum Teil über einen Pauschalbetrag (vgl. z.B. Blatt 24 VA), zum Teil nach Meterpreisen verlegter Lüftungsrohre (vgl. z.B. Blatt 29 VA), zum Teil nach Quadratmetern Trockenbau (vgl. z.B. Blatt 33 VA) und zum Teil nach Stunden (vgl. z.B. Blatt 27 VA). Im Falle der konkreten Abrechnung betrug der jeweilige Vergütungssatz - gleich ob Stundenlohn, Vergütung nach laufendem Meter oder nach Quadratmeter - 10,00 EUR. Den Preis verhandelte er mit der Klägerin, wobei auch bei Quadratmeter- und Meterpreisen letztlich die Stunden - ggf. nach vorheriger Besichtigung der Baustellen - berücksichtigt wurden (vgl. Blatt 26 SG-Akte). Im Verhinderungsfall machte er entsprechende Mitteilung an die Klägerin, die dann gegebenenfalls eigene Mitarbeiter zum Ausgleich einsetzte. Ab Februar 2012 war der Kläger dann zeitweise auch für andere Auftraggeber tätig (vgl. Blatt 62, 64, 66 und 67 VA).

Im Rahmen der Bekämpfung der illegalen Beschäftigung führte das Hauptzollamt Karlsruhe im November und Dezember 2011 in S. und O. Prüfungen durch, bei denen auch der Beigeladene zu 1 auf Baustellen der Klägerin angetroffen wurde. Bei seiner Befragung gab der Beigeladene zu 1 auf der Baustelle in Singen an, über keine weiteren Auftraggeber zu verfügen und seit zwei Jahren nur für die Klägerin zu arbeiten. Bei der Befragung auf der Baustelle in O., bei der dem Beigeladenen zu 1 Übersetzungsdienste geleistet wurden, gab er an, seit drei bis vier Monaten auf der Baustelle als Subunternehmer tätig zu sein. Er wies sich durch eine bulgarische Identitätskarte aus, legte seine Gewerbekarte vor sowie eine Zulassungsbescheinigung über einen auf die Klägerin zugelassenen Pkw Nissan. In einem in b./deutscher Sprache verfassten ausführlichen Fragebogen gab er anlässlich der Kontrolle im November 2011 in Singen unter anderem an, eine schriftliche Vereinbarung mit der Klägerin existiere nicht. Er habe regelmäßige Arbeitszeiten einzuhalten, müsse Abwesenheitszeiten mit der Klägerin abstimmen. Er sei nicht verpflichtet, die Arbeiten persönlich auszuführen; Hilfskräfte setze er keine ein. Wenn er Hilfskräfte brauche, würden diese von der Klägerin gestellt. Er könne für mehrere Auftraggeber tätig werden, werde dies aber nicht und sei seit zwei

Jahren nur für die Klägerin tätig und auf diese Einsätze angewiesen. Eigenes Kapital setze er nicht ein, eigene Büroräume habe er nicht, Arbeitnehmer beschäftige er nicht. Er nutze das Firmenfahrzeug der Klägerin, mit dem Werkzeug, das im Auto vorhanden sei. Er erhalte Weisungen hinsichtlich der Ausführung der Tätigkeit, müsse aber weder Berichte noch Zeitnachweise fertigen. Im Schnitt sei der Rechnungsbetrag monatlich 1.500 EUR. Hinsichtlich der Einzelheiten der Angaben wird auf Blatt 11 ff. VA Bezug genommen.

Im Zuge der weiteren Ermittlungen fand eine Prüfung beim Buchhalter der Klägerin statt (vgl. Blatt 109, Blatt 123 und Blatt 126 f. VA), bei der vom Beigeladenen zu 1 an die Klägerin gestellte Rechnungen (s.o.) vorgefunden wurden. Das gegen den Geschäftsführer der Klägerin eingeleitete Strafverfahren wurde nach erfolgtem Einspruch gegen einen Strafbefehl über eine Gesamtgeldstrafe in Höhe von 90 Tagessätzen mit insgesamt 4.500,00 EUR, (vgl. Blatt 133 ff. VA) gegen Zahlung einer Geldauflage in Höhe von 3.000,00 EUR eingestellt (Beschluss des Amtsgerichts M. vom 02.09.2014, 27 Cs 634 Js 18318/13, Blatt 113 f. VA).

Auf der Grundlage der erwähnten Rechnungen machte die Beklagte nach Anhörung der Klägerin mit Bescheid vom 13.05.2015 eine - jeweils monatlich zugeordnete - Forderung von Beiträgen zur Sozialversicherung (Krankenversicherung, Pflegeversicherung, Rentenversicherung, Beitrag zur Bundesagentur für Arbeit, Umlagebeiträge) mit einer Gesamtsumme für den Prüfungszeitraum vom 01.10.2009 bis 31.01.2013 in Höhe von insgesamt 11.372,20 EUR geltend. Hinsichtlich der Einzelheiten, auch in Bezug auf die Berechnung und monatsweise Zuordnung, wird auf den Bescheid bzw. dessen Anlagen Bezug genommen. Da der hiergegen eingelegte Widerspruch nicht fristgerecht einging, beantragte die Klägerin entsprechend der Anregung der Beklagten die Rücknahme des Bescheides nach § 44 des Zehnten Buches des Sozialgesetzbuch (SGB X). Dies lehnte die Beklagte mit Bescheid vom 27.08.2015 in Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 16.12.2015 ab. Die bereits im Rahmen der Anhörung vorgebrachten Einwände, insbesondere dass der Beigeladene mangels Sprachkenntnissen die gestellten Fragen falsch beantwortet habe, sah die Beklagte nicht als stichhaltig an.

Gegenüber dem am 29.12.2015 angerufenen Sozialgericht Mannheim hat der Beigeladene zu 1 im Rahmen seiner Anhörung angegeben, er habe eigenes, selbst gekauftes Werkzeug, hierfür jedoch keine Belege. Er habe eine Flex, eine Fliesenschneidemaschine, Schrauber, einen Akkubohrer sowie kleinere Handgeräte. Andere Geräte habe er bei den Tätigkeiten für die Klägerin nicht benutzt. Er fahre auch kein Auto und habe kein Firmenfahrzeug der Klägerin zur Verfügung gestellt bekommen. Er habe einen Pauschalloon für seine Leistung erhalten, nachbessern habe er nicht müssen. Sein Unternehmen habe er mit Hilfe von sprachkundigen Türken geführt, keinerlei Werbung gemacht, sondern alles durch Mundpropaganda erreicht. Bei der Razzia habe ihm jemand gedolmetscht, er wisse aber nicht wer. Der Dolmetscher habe die Fragen von den Polizisten gestellt bekommen und habe sie dann übersetzt. Was er letztlich den Polizisten mitgeteilt habe, wisse er nicht. Der Geschäftsführer der Klägerin hat dem Sozialgericht angegeben, der Beigeladene zu 1 habe eigene Werkzeuge benutzt, sei ein paar Mal mit dem Pkw der Klägerin mitgenommen worden, jedoch selbst nie gefahren und sei meistens mit dem Zug gekommen. An Teambesprechungen habe der Beigeladene nicht teilgenommen. In der Folge hat der Beigeladene zu 1 über die Prozessbevollmächtigten der Klägerin Rechnungen über die Anschaffung eines Werkzeugkoffers im Wert von 159,00 EUR im Juni 2010, einen Farbroller im Wert von 42,85 EUR im April 2011, eine Rechnung über die Übernachtung vom 18. auf den 19.04.2011 in O. (62,00 EUR) und eine Fahrkarte der Deutschen Bahn über eine Reise von O. nach F. am 10.10.2011 (36,00 EUR) vorgelegt.

Mit Gerichtsbescheid vom 27.12.2016 hat das Sozialgericht die Klage abgewiesen. Es hat ausgeführt, die für eine Beschäftigung sprechenden Aspekte überwogen. So entspreche die Abrechnung eines festen Stundensatzes der typischen Entlohnung eines abhängig Beschäftigten. Aus welchen Gründen es zu unterschiedlichen Abrechnungsmodalitäten gekommen sei, sei nicht schlüssig dargelegt worden, auch nicht dass es sich nicht doch um die tatsächliche Summierung der geleisteten Arbeitsstunden gehandelt habe. Eine Nachbesserung oder Schadensbeseitigung auf Kosten des Beigeladenen zu 1 sei nicht erfolgt. Der Beigeladene zu 1 habe auch im Wesentlichen die Betriebsmittel der Klägerin benützt. Das Sozialgericht hat dabei die Angaben des Beigeladenen zu 1 in den Fragebögen zu Grunde gelegt und den gegenteiligen Ausführungen in seiner Anhörung keinen Glauben geschenkt. Der Beigeladene sei insgesamt in die Arbeitsorganisation der Klägerin eingebunden gewesen, insbesondere habe ein Weisungsrecht bestanden. Ein unternehmerisches Risiko habe nicht bestanden. Der Gewerbeanmeldung komme kein wesentliches Indiz zu (Hinweis auf LSG Baden-Württemberg, Beschluss vom 19.07.2012, L 11 KR 1789/12 ER-B), ebenso wenig dem ausländerrechtlichen Status.

Gegen den ihr am 30.12.2016 zugestellten Gerichtsbescheid hat die Klägerin am 20.01.2017 Berufung eingelegt. Sie trägt weiterhin vor, dass der Beigeladene ausschließlich seine Betriebsmittel und nicht jene der Klägerin verwendet habe. Die Angaben im Fragebogen, auf die sich das Sozialgericht berufe, könnten nicht zu Grunde gelegt werden, weil der Beigeladene zu 1 die Fragen kaum verstanden habe und der Fragebogen auch nicht von ihm, sondern von einem Dolmetscher ausgefüllt worden sei. Der Beigeladene habe nicht überprüfen können, was der Dolmetscher geschrieben habe.

Die Klägerin beantragt,

den Gerichtsbescheid des Sozialgerichts Mannheim vom 27.12.2016 aufzuheben und die Beklagte unter Aufhebung des Bescheides vom 27.08.2015 in Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 16.12.2015 zu verpflichten, den Bescheid vom 13.05.2015 zurückzunehmen.

Die Beklagte beantragt,

Die Berufung zurückzuweisen.

Sie hält die angefochtene Entscheidung für zutreffend.

Die Beigeladenen stellen keinen Antrag.

Der Senat hat die Einzugsstelle bzw. die jeweiligen Sozialversicherungsträger zum Verfahren beigeladen.

Die Beteiligten haben auf die Durchführung einer mündlichen Verhandlung verzichtet.

Zur weiteren Darstellung des Sachverhalts und des Beteiligtenvorbringens wird auf die Prozessakten erster und zweiter Instanz und die vorgelegten Verwaltungsakten Bezug genommen.

Entscheidungsgründe:

Die gemäß den §§ 143, 144, 151 des Sozialgerichtsgesetzes (SGG) zulässige Berufung, über die der Senat auf Grund des Einverständnisses der Beteiligten nach § 124 Abs. 2 SGG ohne mündliche Verhandlung entscheidet, ist unbegründet.

Das Sozialgericht hat die Klage zu Recht abgewiesen. Die Klägerin hat keinen Anspruch auf Rücknahme des bestandkräftig gewordenen Bescheides vom 13.05.2015. Denn dieser Bescheid ist nicht rechtswidrig. In Übereinstimmung mit dem Sozialgericht und der Beklagten gelangt auch der Senat zu der Überzeugung, dass der Beigeladene zu 1 im Prüfungszeitraum in Bezug auf die von ihm der Klägerin in Rechnung gestellten Arbeiten abhängig Beschäftigter der Klägerin war.

Gemäß § 44 Abs. 1 Satz 1 SGB X ist ein Verwaltungsakt, auch nachdem er unanfechtbar geworden ist, mit Wirkung für die Vergangenheit zurückzunehmen, soweit sich im Einzelfall ergibt, dass bei seinem Erlass das Recht unrichtig angewandt oder von einem Sachverhalt ausgegangen worden ist, der sich als unrichtig erweist, und soweit deshalb Beiträge zu Unrecht erhoben worden sind. Die Bestimmung ermöglicht eine Abweichung von der Bindungswirkung sozialrechtlicher Verwaltungsakte.

Die Voraussetzungen für eine Rücknahme des Bescheides vom 13.05.2015 liegen nicht vor. Denn dieser Bescheid erweist sich nicht als rechtswidrig.

Rechtsgrundlage des Bescheides vom 13.05.2015 ist § 28p Abs. 1 Satz 1 und Satz 5 des Vierten Buches des Sozialgesetzbuches (SGB IV). Danach prüfen die Träger der Rentenversicherung bei den Arbeitgebern, ob diese ihre Meldepflichten und ihre sonstigen Pflichten nach dem SGB IV, die im Zusammenhang mit den Gesamtsozialversicherungsbeiträgen stehen, ordnungsgemäß erfüllen; sie prüfen insbesondere die Richtigkeit der Beitragszahlungen und der Meldungen (§ 28a SGB IV) mindestens alle vier Jahre (Satz 1). Die Träger der Rentenversicherung erlassen nach Satz 5 dieser Vorschrift im Rahmen der Prüfung Verwaltungsakte (verkörpert im sog. Prüfbescheid, BSG, Urteil vom 16.12.2015, B 12 R 11/14 R in SozR 4-2400 § 28p Nr. 6) 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 i.V.m. § 89 Abs. 5 SGB X nicht. Mit dem letzten Halbsatz ist klargestellt, dass die Zuständigkeit der Träger der Rentenversicherung unabhängig von den eigentlich nach § 28h Abs. 2 Satz 1 SGB IV für solche Feststellungen zuständigen Einzugsstellen besteht.

Der Bescheid vom 13.05.2015 ist nicht schon deshalb als (formell) rechtswidrig zu beurteilen, weil er nicht auf einer - von § 28p SGB IV vorausgesetzten - eigenen Betriebsprüfung durch die Beklagte beruht. Vielmehr durfte die Beklagte das Ergebnis der vom Hauptzollamt durchgeführten Prüfungen zu Grunde legen und auf dieser Grundlage die Prüfung nach § 28p SGB IV durchführen und durch Verwaltungsakt abschließen.

Die Prüfungen durch das Hauptzollamt beruhten auf § 2 Abs. 1 Satz 1 des Gesetzes zur Bekämpfung der Schwarzarbeit und illegalen Beschäftigung (Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetz, BGBl. I 2004, 1842), wonach die Behörden der Zollverwaltung unter anderem prüfen (Nr. 1), ob die sich aus den Dienst- oder Werkleistungen ergebenden Pflichten nach § 28a SGB IV erfüllt werden oder wurden. Nach Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 der Regelung werden die Behörden der Zollverwaltung bei den Prüfungen nach Abs. 1 von den Trägern der Rentenversicherung unterstützt. Nach Satz 2 der Bestimmung können die Prüfungen mit anderen Prüfungen der in diesem Absatz genannten Stellen verbunden werden. Im Ergebnis ist die Beklagte somit als für die Prüfung bei den Arbeitgebern zuständige Einrichtung befugt, die von der Hauptzollverwaltung nach § 2 Abs. 1 Satz 1 des Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetzes durchgeführten Prüfungen mit der eigenen Prüfung nach § 28p Abs. 1 Satz 1 und Satz 5 SGB IV zu verbinden, was die Übernahme der Ermittlungsergebnisse der Prüfung nach § 2 Abs. 1 Satz 1 Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetz beinhaltet.

Ohnehin bestimmt die Beklagte gemäß § 20 Abs. 1 Satz 2 erster Halbsatz SGB X Art und Umfang der Ermittlungen und nach § 21 Abs. 1 Satz 1 SGB X bedient sie sich der Beweismittel, die sie nach pflichtgemäßem Ermessen zur Ermittlung des Sachverhalts für erforderlich hält, wozu sie nach Satz 2 Nr. 1 und 3 der Regelung Auskünfte jeder Art einholen sowie Urkunden und Akten beziehen kann. Reichen die vom Hauptzollamt ermittelten Umstände, insbesondere die vor Ort eingeholten Auskünfte und beigezogenen Unterlagen zu einer Prüfung nach § 28p SGB IV aus, kann sich die Beklagte auf diese Beweismittel beschränken und das Verfahren der Betriebsprüfung gemäß § 8 SGB X durch Bescheid abschließen (so auch Sächsisches LSG, Urteil vom 22.04.2016, L 1 KR 228/11, in juris; a.A. Ziegelmeier/Rittweger, Risiken des Arbeitgebers in der Betriebsprüfung, 2016, Rdnr. 38 unter Hinweis auf einen Leitsatz des Bayerischen LSG zum Beschluss vom 21.10.2013, L 5 R 605/12 B ER, in juris). Reichen dem gegenüber die vom Hauptzollamt ermittelten Umstände zu einer (abschließenden) Prüfung nach § 28p SGB IV nicht aus, hat die Beklagte nach pflichtgemäßem Ermessen (§ 20 Abs. 1 Satz 2 erster Halbsatz SGB X) die für eine abschließende Prüfung noch fehlenden Umstände zu ermitteln (ebenso Sächsisches LSG, a.a.O. und in diesem Sinne auch Bayerisches LSG, a.a.O.).

Aus § 28p SGB IV ergibt sich nichts Gegenteiliges. Insbesondere war die Beklagte nicht verpflichtet, eine eigene Prüfung beim Arbeitgeber durchzuführen. Anders als der Wortlaut des § 28p SGB IV (u.a. Abs. 1 Satz 1, Abs. 1a Satz 1: "bei den Arbeitgebern") vordergründig nahelegt, schreibt die Vorschrift keinen zwingenden Ort der Prüfung vor, sondern umschreibt vor allem den Adressaten der Prüfung (vgl. Sehnert in Hauck/Noftz, SGB IV, § 28p Rdnr. 10 unter Hinweis auf § 98 Abs. 1 Satz 3 SGB X; im Ergebnis wohl ebenso Kreikebohm, SGB IV, 2. Auflage, § 28p Rdnr. 4; Baier in Krauskopf, Soziale Krankenversicherung Pflegeversicherung, § 28p SGB IV Rdnr. 21). Die Regelung des § 28p Abs. 6a Satz 1 SGB IV bestätigt dies. Danach (i.V.m. § 147 Abs. 6 Satz 1 und 2 der Abgabenordnung) hat die Beklagte die Möglichkeit, die mit Hilfe einer Datenverarbeitung erstellten Unterlagen einzusehen, sie vom Arbeitgeber auswerten zu lassen und diese Angaben auf einem Datenträger zur Verfügung gestellt zu bekommen, aber auch, diese Daten übermittelt zu erhalten. Damit kann die Beklagte die Prüfung auf die vom Arbeitgeber überlassenen Unterlagen beschränken (ebenso Scheer in jurisPK-SGB IV, § 28p Rdnr. 181). Dem entsprechend ist auch eine Beschränkung der Prüfung auf die vom Hauptzollamt sichergestellten Unterlagen zulässig (Scheer, a.a.O.).

Der Bescheid vom 13.05.2015 ist auch inhaltlich nicht zu beanstanden.

Nach § 2 Abs. 2 Nr. 1 SGB IV sind in den einzelnen Zweigen der Sozialversicherung nach Maßgabe der besonderen Vorschriften für die einzelnen Versicherungszweige unter anderem Personen versicherungspflichtig, die gegen Arbeitsentgelt beschäftigt sind. Entsprechende Regelungen (Versicherungspflicht von Personen, die gegen Arbeitsentgelt beschäftigt sind) finden sich für die Arbeitslosenversicherung in §

[25 Abs. 1 Satz 1](#) des Dritten Buches des Sozialgesetzbuches - Arbeitsförderung - (SGB III), für die gesetzliche Rentenversicherung in [§ 1 Satz 1 Nr. 1](#) des Sechsten Buches des Sozialgesetzbuches - Gesetzliche Rentenversicherung - (SGB VI), für die Krankenversicherung in [§ 5 Abs. 1 Nr. 1](#) des Fünften Buches des Sozialgesetzbuches - Gesetzliche Krankenversicherung - (SGB V) sowie in [§ 20 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1](#) des Elften Buches des Sozialgesetzbuches - Soziale Pflegeversicherung (SGB XI) als akzessorische Regelung zur gesetzlichen Krankenversicherung (vgl. [§ 20 Abs. 1 Satz 1 SGB XI](#)). Dabei liegt der Beitragsbemessung für den vom Arbeitgeber zu zahlenden Gesamtsozialversicherungsbeitrag gemäß den [§§ 28d, 28e SGB IV](#) das Arbeitsentgelt zu Grunde ([§ 342 SGB III](#), [§ 226 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 SGB V](#), auf die Regelung im SGB V verweisend [§ 57 Abs. 1 SGB XI](#), [§ 162 Nr. 1 SGB VI](#)).

[§ 7 Abs. 1 Satz 1 SGB IV](#) definiert den Begriff der Beschäftigung als nichtselbständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis. Nach Satz 2 der Regelung sind Anhaltspunkte für eine Beschäftigung eine Tätigkeit nach Weisungen und eine Eingliederung in die Arbeitsorganisation des Weisungsgebers.

Nach der ständigen Rechtsprechung des BSG (u.a. Urteil vom 11.11.2015, [B 12 R 2/14 R](#) in SozR 4-2400 § 7 Nr. 27, auch zum Nachfolgenden; zur Verfassungsmäßigkeit der Abgrenzung zwischen Beschäftigung und selbstständiger Tätigkeit vgl. BVerfG, Beschluss vom 20.05.1996, [1 BvR 21/96](#) in SozR 3-2400 § 7 Nr. 11) setzt eine Beschäftigung voraus, dass der Arbeitnehmer vom Arbeitgeber persönlich abhängig ist. Bei einer Beschäftigung in einem fremden Betrieb ist dies der Fall, wenn der Beschäftigte in den Betrieb eingegliedert ist und dabei einem Zeit, Dauer, Ort und Art der Ausführung umfassenden Weisungsrecht des Arbeitgebers unterliegt. Diese Weisungsgebundenheit kann 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. Ob jemand abhängig beschäftigt oder selbstständig tätig ist, richtet sich ausgehend von den genannten Umständen nach dem Gesamtbild der Tätigkeit und hängt davon ab, welche Merkmale überwiegen.

Ob eine wertende Zuordnung zum Typus der Beschäftigung gerechtfertigt ist, 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 hieraus gezogene 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. In diesem Sinne gilt, dass die tatsächlichen Verhältnisse den Ausschlag geben, wenn sie von Vereinbarungen abweichen. Maßgebend ist die Rechtsbeziehung so, wie sie praktiziert wird und die praktizierte Beziehung so, wie sie rechtlich zulässig ist.

Einen schriftlichen Vertrag über die Einsätze des Beigeladenen zu 1 schlossen die Parteien des Auftragsverhältnisses nicht. Sie sprachen vielmehr die jeweiligen Einsätze nach Ort, Zeit und Art der zu erbringenden Arbeiten mündlich ab. Weitergehende konkrete mündliche Vereinbarungen sind nicht feststellbar. Die ihrem Verhältnis zu Grunde liegenden weiteren Bedingungen ergeben sich deshalb aus der tatsächlichen Gestaltung.

Vor diesem Hintergrund lässt sich nicht feststellen, dass die Beklagte bei Erlass des Bescheides vom 13.05.2015 von einem unrichtigen Sachverhalt ausging, indem sie die Angaben des Beigeladenen zu 1 anlässlich der durchgeführten Baustellenkontrollen zu Grunde legte. Soweit die Beklagte auf dieser Tatsachengrundlage auf eine abhängige Beschäftigung des Beigeladenen zu 1 bei der Klägerin schloss, wandte sie auch das Recht nicht unrichtig an.

Die Klägerin greift im Wesentlichen die Beweiswürdigung des Sozialgerichts in Bezug auf die Angaben des Beigeladenen zu 1 zum Einsatz der erforderlichen Arbeitsmittel an. Während das Sozialgericht die Angaben des Beigeladenen zu 1 bei den Baustellenkontrollen zu Grunde gelegt hat, meint die Klägerin, den dem widersprechenden Angaben des Beigeladenen zu 1 in seiner Anhörung vor dem Sozialgericht sei der Vorzug zu geben. Dabei bleibt die Klägerin jede Begründung schuldig, warum gerade die - durch die prozessuale Situation und Interessenlage der Beteiligten geprägten - Angaben des Beigeladenen zu 1 glaubwürdiger sein sollen, als seine - frei von Interessen - getätigten Erstangaben. Soweit die Klägerin auf Sprachschwierigkeiten des Beigeladenen zu 1 erweist, folgt ihr der Senat - wie noch darzulegen ist - nicht. Anderweitige Beweismittel, als die Angaben der Beteiligten, sind nicht verfügbar. Die Klägerin trägt selbst vor, dass dem Beigeladenen zu 1 der Nachweis von Betriebsrisiken und weiterer Betriebsmittel nicht möglich ist. Vor diesem Hintergrund ist bereits mangels gegenteiliger Nachweise nicht feststellbar, dass ein anderer Sachverhalt, als der von der Beklagten bei Erlass des Bescheides vom 13.05.2015 auf Grund der Angaben des Beigeladenen zu 1 bei den Baustellenkontrollen zu Grunde gelegt, vorlag. Dies geht zu Lasten der Klägerin. Denn die anspruchsbegründenden Tatsachen - hier des [§ 44 Abs. 1 Satz 1 SGB X](#), also ein unrichtiger Sachverhalt als Grundlage des bestandskräftigen Bescheides - müssen erwiesen sein, d. h. bei vernünftiger Abwägung des Gesamtergebnisses des Verfahrens muss der volle Beweis für das Vorliegen der genannten Tatsachen als erbracht angesehen werden können (vgl. z.B. BSG, Urteil vom 30.04.1985, [2 RU 43/84](#) in SozR 2200 § 555a Nr. 1). Ist ein solcher Nachweis nicht möglich, geht dies nach dem im sozialgerichtlichen Verfahren geltenden Grundsatz der objektiven Beweislast zu Lasten des Beteiligten, der aus diesem Sachverhalt Rechte herleitet, bei den anspruchsbegründenden Tatsachen also zu Lasten des jeweiligen Klägers (vgl. z.B. BSG, Urteil vom 27.06.1991, [2 RU 31/90](#) in SozR 3-2200 § [548 Nr. 11](#)).

Darüber hinaus gelangt der Senat unter Abwägung aller rechtlichen und tatsächlichen Umstände in Übereinstimmung mit dem Sozialgericht und der Beklagten sogar zu dem Ergebnis, dass der Beigeladene zu 1 bei seinen hier in Rede stehenden Arbeitseinsätzen Beschäftigter der Klägerin war, also die Rechtswidrigkeit des Bescheides vom 13.05.2016 nicht nur nicht erwiesen, sondern das Gegenteil - dessen Rechtmäßigkeit - zu bejahen ist. Das Sozialgericht hat hierzu auf der Grundlage der Angaben des Beigeladenen zu 1 anlässlich der Baustellenkontrollen und seiner gerichtlichen sowie des Geschäftsführers der Klägerin Anhörung zutreffend dargelegt, dass der Beigeladene zu 1 den Weisungen der Klägerin unterlag, in den Betrieb der Klägerin eingegliedert war, insbesondere Betriebsmittel der Klägerin für die Arbeiten einsetzte und kein eigenes unternehmerisches Risiko trug. Es hat auch zutreffend dargelegt, dass weder dem Willen der Vertragsparteien zu einer selbstständigen Tätigkeit noch der Gewerbeanmeldung des Beigeladenen zu 1 und auch nicht dem möglichen Verbot einer Beschäftigung wegen der Staatsangehörigkeit des Beigeladenen zu 1 eine maßgebliche Bedeutung zukommt. Der Senat sieht daher von einer weiteren Darstellung der Entscheidungsgründe ab und weist die Berufung der Klägerin nach [§ 153 Abs. 2 SGG](#) aus den Gründen der angefochtenen Entscheidung zurück.

Auch der Senat hält die im Tatbestand dargestellten Angaben des Beigeladenen zu 1 anlässlich der Baustellenkontrollen für zutreffend und legt sie als (hiermit) festgestellte Tatsachen der Beurteilung zu Grunde.

Ergänzend zu den Entscheidungsgründen des Sozialgerichts ist auszuführen, dass zwar eine Rechnungsstellung des Auftragnehmers an den Auftraggeber und eine Abrechnung nach Aufmaß (Quadratmeter oder Meter) ein Aspekt für die Annahme einer selbstständigen Tätigkeit sein kann, dass dies im vorliegenden Fall indessen - wovon auch das Sozialgericht ausgeht - nicht der Fall ist. Denn tatsächlich - dies entnimmt der Senat den Angaben des Geschäftsführers der Klägerin in seiner Anhörung durch das Sozialgericht - stand auch hinter dieser Abrechnung nach Aufmaß letztlich die zu leistende Stundenzahl. Der Senat sieht diese Angabe durch die Tatsache bestätigt, dass der Beigeladene zu 1 in seinen Rechnungen im Preis gerade nicht zwischen den einzelnen Arten der Berechnung (Quadratmeter, Meter, Stunden) differenzierte, sondern einheitlich 10,00 EUR veranschlagte. Dies spricht dafür, dass maßgebend für die Abrechnung die geleistete Stundenzahl war, die Art der Berechnung also austauschbar und nicht Ergebnis einer Kalkulation des Beigeladenen zu 1 war. Dies gilt dann auch für die drei (von 17) Rechnungen, in denen ein Betrag "pauschal" abgerechnet wurde. In diesem Zusammenhang ist auch der für eine selbstständige Handwerkerleistung auffällig niedrige Stundenlohn von lediglich 10,00 EUR anzuführen, der für eine Abhängigkeit des Beigeladenen zu 1 von der Klägerin spricht, die der Beigeladene zu 1 in seiner Befragung auf der Baustelle in Singen selbst ansprach (sei auf die Arbeit bei der Klägerin angewiesen, Blatt 14 VA).

Entgegen der Auffassung der Klägerin können die gegenteiligen Angaben des Beigeladenen zu 1 gegenüber dem Sozialgericht, insbesondere zum Einsatz der Arbeitsmittel, nicht in ihrem Sinne zu Grunde gelegt werden. Auch wenn der Beigeladene zu 1 nicht über ausreichende deutsche Sprachkenntnisse verfügt, um in deutscher Sprache verfasste Fragebögen ausfüllen zu können, rechtfertigt dies nicht die Annahme, dass seine ersten, von der Erkenntnis der Konsequenzen noch unbeeinflussten Angaben in den Fragebögen unrichtig waren. Der Beigeladene zu 1 hat selbst angegeben, die gestellten Fragen mit Hilfe eines Dolmetscher beantwortet zu haben. Dies korrespondiert mit dem entsprechenden Vermerk auf dem Fragebogen über die Prüfung in O. , wonach die Angaben von einem Dritten übersetzt wurden. Soweit der Beigeladene zu 1 gegenüber dem Sozialgericht vorgebracht hat und die Klägerin in ihrer Berufungsbegründung einwendet, dass der Beigeladene zu 1 nicht in der Lage gewesen sei, die vom Dolmetscher eingetragenen Angaben zu überprüfen, ist dies nur die Konsequenz der fehlenden Sprachkenntnisse und liegt somit in der Natur der Sache. Keinesfalls aber erklärt dieser Einwand, warum die Angaben des Beigeladenen in dem zweisprachig, nämlich sowohl deutsch als auch bulgarisch verfassten Fragenbogen (Blatt 11 ff. VA) unrichtig sein sollen. Alle Fragen wurden durch Ankreuzen beantwortet, sodass die angegebenen Sprachschwierigkeiten des Beigeladenen hier kein Hindernis darstellten. Selbst wenn ein Dolmetscher den Fragebogen ausgefüllt haben sollte, wäre dies auf Grund der Angaben des Beigeladenen zu 1 geschehen und von ihm - eben weil die Fragen auch auf b. verfasst waren - überprüfbar gewesen. Die in deutscher Sprache angebrachten weiteren Zusätze bei einzelnen Fragen korrespondieren mit den durch Ankreuzen gegebenen Antworten, sodass sich insgesamt ein einheitliches Bild über die Angaben und damit auch über die Tätigkeit des Beigeladenen zu 1 bei der Klägerin bietet. Soweit der Beigeladene zu 1 bzw. die Klägerin in der Berufungsbegründung Angst des Beigeladenen zu 1 vor den Ermittlern anführen, erschließt sich nicht, aus welchen Gründen aus Angst falsche Angaben gemacht worden sein sollen.

Dem entsprechend misst auch der Senat diesen Angaben des Beigeladenen zu 1 im zweisprachigen Fragebogen und damit bei seiner ersten Vernehmung größeres Gewicht bei, als den späteren, durch das nunmehr vorhandene Wissen über die Konsequenzen geprägten, Angaben gegenüber dem Sozialgericht.

Darüber hinaus bestehen zusätzliche Zweifel am Wahrheitsgehalt einzelner Angaben des Beigeladenen zu 1 und der Klägerin gegenüber dem Sozialgericht. So haben die Klägerin und der Beigeladene zu 1 das Sozialgericht glauben machen wollen, dass der Beigeladene zu 1 die Baustellen, die sich in unterschiedlichen Städten befanden, jeweils mit dem Zug erreichte. Dabei soll er - so die weiteren Ausführungen - auch seine eigenen Arbeitsmittel benutzt haben, was bedeutet hätte, dass er diese dorthin mit dem Zug transportiert haben soll. Als Beleg hat der Beigeladene zu 1 dann über den Prozessbevollmächtigten der Klägerin eine Fahrkarte über eine einmalige Fahrt am 10.10.2011 von O. nach Frankental, in der Nähe des Wohnorts des Beigeladenen, vorlegen lassen. Dabei belief sich der Rechnungsbetrag, den der Beigeladene zu 1 von der Klägerin für Oktober 2011 verlangte, auf 1.620,00 EUR bei abgerechneten 162 Stunden (Blatt 58 VA). Damit war der Beigeladene auf dieser Baustelle den gesamten Monat Oktober tätig. Es ist nicht glaubhaft, wenn so suggeriert werden sollte, dass er diese Baustelle tagtäglich mit dem Zug erreichte, dabei jeweils Einzelfahrscheine löste und somit bei einem Einzelpreis von 36,00 EUR für eine einfache Fahrt fast so hohe Fahrkosten verursachte, wie ihm der gesamte Auftrag einbrachte.

Die Annahme fehlender Glaubwürdigkeit des Beigeladenen zu 1 und der Klägerin durch das Sozialgericht und ihm folgend durch den Senat wird auch gestützt durch die vom Prozessbevollmächtigten der Klägerin vorgelegte Rechnung über eine Übernachtung des Beigeladenen zu 1 vom 18.04. auf den 19.04.2011. Denn für den Monat April 2011 ist ein Arbeitseinsatz des Beigeladenen zu 1 bei der Klägerin mangels Rechnung gar nicht aktenkundig.

Offensichtlich falsch ist die Behauptung des Beigeladenen zu 1 gegenüber dem Sozialgericht, er habe einen "Pauschalloon" von der Klägerin erhalten. Denn dies steht zum einen in Widerspruch zu den Angaben des Geschäftsführers der Klägerin (letztlich ... die Stunden ...) und zum anderen in Widerspruch zu den in der Verwaltungsakte tatsächlich enthaltenen Rechnungen, die überwiegend (14 der 17 Rechnungen) konkrete Berechnungen anhand von Stunden, Quadratmetern oder laufenden Metern ausweisen, wobei insgesamt - wie oben dargelegt - eigentliches Kriterium die Anzahl geleisteter Stunden bei einem Stundenlohn von 10,00 EUR war.

Soweit die Klägerin in der Berufungsbegründung auf einen vom Beigeladenen zu 1 eingesetzten Helfer verweist, stehen auch diese Angaben des Beigeladenen zu 1 gegenüber dem Sozialgericht (für zwei bis drei Monate habe ihm sein Neffe geholfen) in Widerspruch zu den Angaben des Beigeladenen zu 1 im zweisprachigen Fragenbogen (keine Arbeitnehmer oder Auszubildende beschäftigt). Im Übrigen ist nicht ersichtlich, auf welchen Zeitraum sich die Angaben des Beigeladenen zu 1 in der Anhörung beziehen und auf welche Baustellen, zumal der Beigeladene gelegentlich, ab Februar 2012, auch für andere Auftraggeber tätig war.

Soweit die Klägerin in der Berufungsbegründung ein eigenes Unternehmerrisiko des Beigeladenen zu 1 behauptet, steht dies wiederum den Angaben des Beigeladenen zu 1 in den Fragebögen entgegen. Denn mit diesem Vortrag übernimmt die Klägerin die - wie dargelegt, nicht glaubwürdige - Behauptung des Beigeladenen zu 1 in seiner gerichtlichen Anhörung, er habe ausschließlich eigene Betriebsmittel auf den Baustellen der Klägerin eingesetzt. Damit relativiert sich die Bedeutung der vorgelegten Rechnungen über die Anschaffung eines

Werkzeugkoffers und eines Farbrollers, wobei lediglich ergänzend auch insoweit darauf hinzuweisen ist, dass der Beigeladene zu 1 jedenfalls gelegentlich, ab Februar 2012, auch für andere Auftraggeber tätig war.

Soweit angeführt wird, der Beigeladene zu 1 habe die Fahrt- und Hotelkosten selbst getragen, stellt dies - unabhängig von der Frage inhaltlicher Richtigkeit (s.o.) - schon deshalb keinen Aspekt eines unternehmertypischen Betriebsrisikos dar, weil auch ein Beschäftigter regelmäßig auf eigene Kosten von seinem Wohnort zur vereinbarten Arbeitsstelle zu kommen hat.

Dem zu den Akten gelangten "Subunternehmervertrag" kommt keine entscheidungsrelevante Bedeutung zu. Denn dieser Vertrag weist eine Pauschalvergütung in Höhe von 6.500,00 EUR aus, die indessen vom Beigeladenen zu 1 der Klägerin in keiner der Rechnungen, die Grundlage des Bescheides vom 13.05.2015 sind, in Rechnung gestellt wurde. Damit betrifft dieser Subunternehmervertrag keinen der im vorliegenden Fall einschlägigen Einsätze des Beigeladenen zu 1 bei der Klägerin und er gilt für die übrigen Arbeitseinsätze gerade nicht.

Insgesamt lassen sich nur wenige, für eine Selbstständigkeit sprechende Umstände ausmachen. Zwar musste der Beigeladene zu 1 keine Formalien über seine Einsätze einhalten (Berichte oder Zeitaufzeichnungen erstellen), indessen ergab sich eine gewisse Nachprüfbarkeit der für die Vergütung im Grunde maßgebenden Stundenzahl aus der Erledigung der Aufgaben selbst. Dass der Beigeladene zu 1 - so der Geschäftsführer der Klägerin in seiner Anhörung durch das Sozialgericht - nicht an Teambesprechungen teilnehmen musste, erklärt sich bereits daraus, dass - so der Geschäftsführer weiter - gar keine Teamarbeiten anfielen. Auch der Umstand, dass sich der Beigeladene zu 1 nicht verpflichtet sah, die Arbeiten persönlich auszuführen, relativiert sich dadurch, dass er keine Hilfskräfte einsetzte, sondern bei Verhinderung - so die weiteren Angaben im Fragebogen - nicht erledigte Aufträge zurückgeben konnte, was dann dazu führte - so die Angaben des Geschäftsführers der Klägerin in der Anhörung vor dem Sozialgericht -, dass Mitarbeiter der Klägerin diese Tätigkeiten ausführten, wobei dies dann allerdings die Vergütung des Beigeladenen zu 1 entsprechend minderte. Dass ihm somit weder Urlaubsanspruch noch Entgeltfortzahlung gewährt wurden, spricht nicht für eine selbstständige Tätigkeit. Denn der Umstand, dass jemand von seinem Vertragspartner keinen für Beschäftigte typischen sozialen Schutz zur Verfügung gestellt erhält, führt noch nicht zur Annahme eines unternehmerischen Risikos (BSG, Urteil vom 24.03.2016, [B 12 KR 20/14 R](#) in SozR 4-2400 § 7 Nr. 29), weil der Beigeladene zu 1 - wie vom Sozialgericht zutreffend dargelegt - weder hierzu korrespondierende größere Freiheiten noch höhere Verdienstmöglichkeiten hatte. Auch die freie Entscheidung, ob er einzelne Aufträge annahm oder nicht, ist - wie schon vom Sozialgericht dargelegt - hier kein für Selbstständigkeit sprechendes Indiz, weil auch Arbeitnehmer in der Entscheidung frei sind, ob sie auf das jeweilige Projekt beschränkte und damit zeitlich begrenzte Beschäftigungen annehmen. Maßgebend sind vielmehr die Verhältnisse nach Annahme, also bei Durchführung des einzelnen Auftrages (BSG, Urteil vom 25.04.2012, [B 12 KR 24/10 R](#) in SozR 4-2400 § 7 Nr. 15). Entsprechend kommt auch dem Umstand, dass der Beigeladene zu 1 Aufträge von dritter Seite hätte annehmen können (was er nicht tat, er sah sich vielmehr auf die Klägerin angewiesen), keine maßgebliche Bedeutung zu. Mit Ausnahme des möglicherweise eingesetzten Werkzeugkoffers und Farbrollers verfügte der Beigeladene zu 1 über keinerlei Betriebsmittel. Angesichts des geringen Wertes des Werkzeugkoffers und Farbrollers und der ungewissen Verwendung sowie einer fehlenden unternehmerischen Freiheit als Pendant zu eingegangenen Risiken trug der Beigeladene zu 1 - wie vom Sozialgericht zutreffend und ausführlich dargelegt - kein unternehmerisches Risiko.

Insgesamt überwiegen somit die für eine abhängige Beschäftigung sprechenden Aspekte deutlich. Hervorzuheben ist der Umstand, dass der Beigeladene zu 1 Arbeitszeiten einzuhalten hatte, Abwesenheitszeiten mit der Klägerin abstimmen musste, er bei Bedarf von Mitarbeitern der Klägerin unterstützt wurde, also keine eigenen Hilfskräfte einsetzte, er im Verhinderungsfall keine Ersatzkraft stellen musste, dieser Arbeitsausfall - wie dargelegt - vielmehr von der Klägerin aufgefangen wurde, er nach Weisungen der Klägerin seine Arbeit ausführte, er von der Klägerin zur Verfügung gestellte Arbeitsmittel benutzte (Fahrzeug mit Werkzeug) und er - mit einem Stundenlohn von 10,00 EUR - keinesfalls eine über die übliche Vergütung eines angestellten Facharbeiters hinausgehende Gegenleistung erhielt.

Zusammengefasst gelangt der Senat somit zu dem Ergebnis, dass der Beigeladene zu 1 bei der Klägerin und den jeweils vereinbarten Einsätzen als Beschäftigter tätig wurde.

Fehler in der Berechnung der Nachforderung der Gesamtsozialversicherungsbeiträge sind weder vorgetragen noch ersichtlich.

Die Kostenentscheidung beruht auf [§ 197a SGG](#) in Verbindung mit [§ 154 Abs. 2](#), [§ 162 Abs. 3](#) der Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO).

Gründe für die Zulassung der Revision liegen nicht vor.

Rechtskraft

Aus

Login

BWB

Saved

2017-07-12