

L 9 AL 63/03

Land

Freistaat Bayern

Sozialgericht

Bayerisches LSG

Sachgebiet

Arbeitslosenversicherung

Abteilung

9

1. Instanz

SG Landshut (FSB)

Aktenzeichen

S 6 AL 344/00

Datum

23.01.2003

2. Instanz

Bayerisches LSG

Aktenzeichen

L 9 AL 63/03

Datum

07.08.2008

3. Instanz

Bundessozialgericht

Aktenzeichen

B 11 AL 158/08 B

Datum

10.03.2009

Kategorie

Urteil

I. Auf die Berufung der Beklagten wird das Urteil des Sozialgerichts Landshut vom 23. Januar 2003 in Ziffer I. aufgehoben und die Klage abgewiesen.

II. Die Berufung der Klägerin gegen dieses Urteil wird zurückgewiesen.

III. Außergerichtliche Kosten sind nicht zu erstatten.

IV. Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand:

Streitig ist die Umlage für das Wintergeld für den Zeitraum von 1990 bis 1992.

Die Klägerin ist ein Bauunternehmen in der Rechtsform einer GmbH; zu ihren Tätigkeitsfeldern gehören unter anderem Hochbau, Wohnungsbau, Gewerbe- und Industriebau, Tiefbau/Kanalbau und Straßenbau. Nach Angaben ihres damaligen Geschäftsführers C. (W.), der im April 1999 verstorben ist, beschäftigte sie 75 gewerbliche Arbeitnehmer und 15 Bürokräfte (siehe Strafbefehl des Amtsgerichts B-Stadt vom 28. September 1996; Cs 53 Js 10226/95).

Die Klägerin schloss nach den Ermittlungen der Bearbeitungsstelle zur Bekämpfung der illegalen Beschäftigung bei dem Arbeitsamt P. mit den beiden ungarischen Firmen T. GmbH und T. sowie der polnischen Firma Z. M. Verträge über den Einsatz von Arbeitern bei Bauvorhaben der Klägerin unter anderem in A-Stadt, B-Stadt und E ...

Aufgrund von Anzeigen aus den Jahren 1991 und 1992 nahm die Bearbeitungsstelle Ermittlungen bei diesen Firmen und der Klägerin auf. Sie beschlagnahmte u.a. Stundenaufzeichnungen der Klägerin, Geschäftsunterlagen bei den anderen Firmen und vernahm neun Mitarbeiter der Klägerin als Zeugen. Diese sagten aus, dass der damalige Geschäftsführer der Klägerin W. den Einsatz der ungarischen Arbeitnehmer auf den einzelnen Baustellen gesteuert und diese nach Bedarf umgesetzt habe; auch durch andere leitende Mitarbeiter der Klägerin (Bauleiter, Vorarbeiter, Polier) sei die Zuweisung einzelner Arbeiten nach Art und Reihenfolge erfolgt. Die eigenen Arbeitnehmer der Klägerin und die Arbeiter der ungarischen und polnischen Firmen seien (letztere zum Teil erst nach Einarbeitung und Anweisung durch Mitarbeiter der Klägerin) gemeinsam tätig geworden. Die ausländischen Firmen hätten mit der Klägerin nach geleisteten Arbeitsstunden sowie Erstellung eines fiktiven Aufmaßes abgerechnet. Bei der Firma Z. M. seien weder Rechnungen noch Aufmäße gefunden worden.

Die Beklagte stellte am 14. November 1994 unter anderem gegen W. Strafanzeige bei der Staatsanwaltschaft bei dem Landgericht B-Stadt.

In einem anderen Verwaltungsverfahren der AOK Bayern (Einzugstelle) gegen die Klägerin stellte die Kasse mit Bescheid vom 9. August 1995 aufgrund der Beschäftigung der ungarischen Leiharbeiter außerhalb von Werkverträgen Kranken-, Renten- und Arbeitslosenversicherungspflicht fest und forderte Beiträge in Höhe von insgesamt 55.221,12 DM. Die Einzugstelle stützte sich hierbei auf die Ermittlungsergebnisse der Bekämpfungsstelle für illegale Beschäftigung.

Am 9. November 1995 erließ die Beklagte gegenüber der Klägerin einen Bescheid, mit dem sie die Umlagepflicht zur Winterbau-Umlage feststellte aufgrund des Einsatzes von gewerblichen Arbeitern der Firmen T., T. GmbH und Z. M. in der Zeit von 1990 bis 1992. Es habe sich hier um illegale Arbeitnehmerüberlassung gehandelt mit der Folge, dass diese Arbeiter Arbeitnehmer der Klägerin gewesen sind. Die

Beklagte bat die Klägerin, die angefallenen Bruttolohnsummen bis 15. Januar 1996 mitzuteilen und aufgrund des Satzes von 2% der Bruttolohnsummen den errechneten Betrag auf das Winterbau-Umlagekonto der Klägerin bei der Zusatzversorgungskasse des Baugewerbes VVaG in Wiesbaden (ZVK) bis zu diesem Termin zu überweisen

Hiergegen legte die Klägerin am 17. November 1995 Widerspruch ein; sie habe mit den genannten Firmen Subunternehmerverträge abgeschlossen, die Firmen hätten einen Werklohn für die geleisteten Arbeiten nach den vereinbarten Einheitspreisen erhalten.

Am 6. Dezember 1995 wurde dem Geschäftsführer der Klägerin (W.) der Strafbefehl des Amtsgerichts B-Stadt wegen Beschäftigung von mehr als fünf nichtdeutschen Arbeitnehmern ohne Arbeitserlaubnis und Beihilfe zum Verstoß gegen das Ausländergesetz zugestellt. Werkverträge hätten nicht vorgelegen, die Arbeitnehmer seien in die betriebliche Organisation der Klägerin eingegliedert gewesen und hätten nach den Weisungen der Klägerin gearbeitet (mehr als 10.000 Arbeitsstunden). W. habe dies zumindest billigend in Kauf genommen, um damit Sozialabgaben einzusparen. W. legte hiergegen am 7. Dezember 1995 Einspruch ein. In der Hauptverhandlung des Amtsgerichts B-Stadt vom

18. Juni 1996 war W. zur Aussage bereit, in der weiteren Hauptverhandlung vom 27. Februar 1997 räumte er den Sachverhalt ein, und mit Einverständnis der Staatsanwaltschaft wurde das Verfahren (gemäß [§ 153a Abs. 2 StPO](#)) vorläufig eingestellt mit der Auflage, dass W. einen Geldbetrag von 10.000,00 DM und einen weiteren Geldbetrag von 30.000,00 DM zahlt.

Im Rechtsstreit der Klägerin gegen die AOK Bayern als Einzugsstelle vor dem SG B-Stadt (SG) verpflichtete sie sich im gerichtlichen Vergleich vom 7. Oktober 1999 zur Zahlung der Sozialversicherungsbeiträge in Höhe von 41.073,17 DM.

Gegen die Zahlungsaufforderung der Beklagten erhob die Klägerin die Einrede der Verjährung. Dem widersprach die Beklagte mit Schreiben vom 20. April 2000. Sie wies mit Widerspruchsbescheid vom 20. September 2000 den Widerspruch zurück. Die Klägerin sei als Arbeitgeberin des Baugewerbes zur Zahlung der Winterbauumlage für die "entliehenen" Arbeitnehmer verpflichtet. Die Verträge mit den Verleihern und den Leiharbeitnehmern seien unwirksam. Die tatsächliche Durchführung der Verträge belege, dass eine Arbeitnehmerüberlassung stattgefunden habe. Die Klägerin habe durch ihre Mitarbeiter die Arbeiter eingeteilt, umgesetzt und überwacht. Werkverträge hätten nicht vorgelegen. Weitere Kriterien für die unerlaubte Arbeitnehmerüberlassung seien die Abrechnungen nach den geleisteten Arbeitsstunden, das Fehlen jeglicher Rechnungen oder Aufmaße bzw. die Erstellung fiktiver Aufmaße.

Die Klägerin hat mit der Klage vom 16. Oktober 2000 beim Sozialgericht Landshut (SG) geltend gemacht, sie habe mit den Firmen T., T. GmbH und Z. M. Werkverträge geschlossen. Die Arbeitnehmer seien in ihrem Betrieb nicht eingegliedert gewesen. Die Stundenaufzeichnungen über die geleistete Arbeit der Arbeitnehmer dieser Firmen seien nur zur Kontrolle erstellt worden. W. habe den Sachverhalt vor dem Strafgericht nur aus prozesstaktischen Gründen eingeräumt, um eine strafrechtlich unproblematische Lösung zu finden.

Die Beklagte hat am 8. Dezember 2000 einen Leistungsbescheid über die Winterbau-Umlage erlassen. Wegen der fehlenden Meldungen durch die Klägerin sei der Betrag nach Aktenlage festgesetzt worden. Die Arbeitnehmer der Firmen T., T. GmbH und Z. M. seien in der Zeit 1991 bis 1992 insgesamt 64.160 Stunden zum Einsatz gekommen. Unter Zugrundelegung eines durchschnittlichen Stundenlohnes nach der Tarifsammlung der Bauwirtschaft von 21,76 DM im Jahr 1991 und 22,86 DM im Januar 1992 und einem Umlagesatz von 2% errechne sich hieraus die Winterbau-Umlage in Höhe von 29.237,34 DM. Die Klägerin wurde auf die Zahlung von Säumniszuschlägen hingewiesen. Im August und September 2001 zahlte die Klägerin die streitige Umlage.

Am 19. Juli 2001 erließ die Beklagte einen Bescheid, mit dem sie Säumniszuschläge in Höhe von 17.545,00 DM forderte; mit dem weiteren Bescheid vom 7. November 2001 reduzierte sie die Säumniszuschläge auf 4.474,00 DM und erstattete der Klägerin die Überzahlung zurück.

In der mündlichen Verhandlung am 23. Januar 2003 hat das SG einen Mitarbeiter der Beklagten als Zeugen angehört, der im Wesentlichen auf die Feststellungen in der Akte verwies. Es hat mit Urteil vom gleichen Tage die Bescheide vom 8. Dezember 2000, 19. Juli 2001 und 7. November 2001 aufgehoben und im Übrigen die Klage abgewiesen. Der Umlagebescheid der Beklagten vom 9. November 1995 sei rechtmäßig, deren Forderung aber verjährt. Eine vorsätzliche Vorenthaltung der Umlage liege nicht vor, W. sei nur ein grob fahrlässiges Verhalten vorzuwerfen. Er habe den Unterschied zwischen Arbeitnehmerüberlassung und Werkvertrag nicht gekannt. Zu einer Unterbrechung der Verjährung sei es nicht gekommen.

Hiergegen richtet sich die Berufung der Klägerin vom 26. Februar 2003, mit der sie wieder geltend macht, den Verträgen mit den Firmen T., T. GmbH und Z. M. hätten keine Arbeitnehmerüberlassung zu Grunde gelegen, sondern Werkverträge. Die Beklagte trage die Beweislast für den von ihr angenommenen Sachverhalt. Sie dürfe sich nicht auf die Äußerungen von W. vor dem Strafgericht berufen, da es sich nur um einen "Deal" mit der Staatsanwaltschaft gehandelt habe. Auch die Zahlung der Sozialversicherungsbeiträge an die Einzugsstelle sei für den vorliegenden Fall ohne Belang. Auf jeden Fall sei die Forderung der Beklagten verjährt.

Die Beklagte hat am 6. September 2004 Anschlussberufung eingelegt; eine Verjährung aufgrund einer Frist von vier Jahren sei wegen der Unterbrechung nicht eingetreten. Der Bescheid vom 9. November 1995 sei kein reiner Grundlagenbescheid, sondern auch ein Zahlungsbescheid gewesen. Es könne aber auch von einer dreißigjährigen Verjährung der Forderung ausgegangen werden. W. habe zumindest bedingt vorsätzlich gehandelt, wie sich bereits aus der Strafanzeige ergebe.

Demgegenüber hat die Klägerin zusätzlich geltend gemacht, aufgrund des in dem anderen Rechtsstreit vor dem SG geschlossenen gerichtlichen Vergleichs über die Erhebung der Sozialversicherungsbeiträge im streitigen Zeitraum sei die Beklagte im vorliegenden Verfahren gebunden und dürfe die Winterbau-Umlage nicht mehr geltend machen. Die Klägerin hat auch ihre Zugehörigkeit zu den umlagepflichtigen Unternehmen infrage gestellt.

Sie beantragt,

1. das Urteil des Sozialgerichts Landshut vom 23. Januar 2003 insoweit aufzuheben, als damit die Klage abgewiesen wurde.
2. Der Bescheid der Beklagten vom 9. November 1995 in Gestalt des Widerspruchsbescheid 20. September 2000 wird gleichfalls aufgehoben.
3. Die Berufung der Beklagten wird zurückgewiesen.

Die Beklagte beantragt,

1. das Urteil des Sozialgerichts Landshut insoweit, als es der Klage stattgegeben hat, aufzuheben und die Klage insgesamt abzuweisen.
2. Die Berufung der Klägerin zurückzuweisen.

Auf den Inhalt der beigezogenen Akten der Beklagten und des SG sowie die Sitzungsniederschrift wird im Übrigen Bezug genommen.

Entscheidungsgründe:

Die frist- und formgerecht eingelegte Berufung der Klägerin ist zulässig (§§ 143, 144

Abs. 1 S. 1 Nr. 1, 151 Sozialgerichtsgesetz - SGG -); die Klägerin begehrt in zulässiger Weise (trotz Zahlung der Umlage) eine gerichtliche Überprüfung der Umlagepflicht und der Höhe der Forderung der Beklagten.

Die Berufung der Beklagten ist als Anschlussberufung zulässig (§ 202 SGG i.V.m.

§ 524 Zivilprozessordnung). Es ist unschädlich, dass die Beklagte die Berufungsfrist versäumt hat, da es sich um eine unselbstständige Anschlussberufung handelt. Es geht hierbei lediglich um einen Antrag der Beklagten innerhalb des Berufungsverfahrens der Klägerin. Mit der Anschlussberufung wird der Beklagten die Möglichkeit gegeben, der Hauptberufung mit eigenen Anträgen entgegenzutreten. Damit entfällt die Bindung des Senats an den Antrag der Klägerin und er kann auch zu ihren Ungunsten entscheiden, ohne vom Verbot der Verböserung daran gehindert zu sein (Meyer-Ladewig u.a., SGG, 8. Aufl., § 143, Rdnr. 5, 5a).

Die Berufung der Klägerin ist unbegründet; die Berufung der Beklagten dagegen ist begründet.

Streitig sind im vorliegenden Fall die Umlagepflicht der Klägerin für das Wintergeld, die Zahlungspflicht der Winterbau-Umlage für die Zeit von 1990 bis 1992 sowie die Erhebung der Säumniszuschläge.

Anspruchsgrundlage für die Umlage für das Wintergeld in den Jahren von 1990 bis 1992 ist § 186a Arbeitsförderungsgesetz (AFG). Nach Abs. 1 dieser Vorschrift werden die Mittel für das Wintergeld einschließlich der Verwaltungskosten und der sonstigen Kosten, die mit der Gewährung des Wintergeldes zusammenhängen, von den Arbeitgebern des Baugewerbes, in deren Betrieben die ganzjährige Beschäftigung durch Leistungen nach den §§ 77 und 78 zu fördern ist (§ 76 Abs. 2), durch eine Umlage aufgebracht. Die Umlage ist monatlich nach einem Vom-Hundertsatz der Bruttoarbeitsentgelte der in den genannten Betrieben beschäftigten Arbeiter zu erheben. Die Verwaltungskosten und die sonstigen Kosten werden pauschaliert. Nach Abs. 2 der Vorschrift können die Arbeitgeber ihre Umlagebeträge über eine gemeinsame Einrichtung ihres Wirtschaftszweiges abführen; Arbeitgeber, die ihre Umlagebeiträge nicht über eine gemeinsame Einrichtung abführen, haben der Bundesanstalt die Mehraufwendungen für die Einziehung pauschal zu erstatten.

Die Klägerin gehört entgegen ihrer Annahme zu den umlagepflichtigen Unternehmen. Umlagepflichtig sind alle Arbeitgeber des Baugewerbes, deren Betrieb einem Zweig des Baugewerbes angehört, der durch die Baubetriebe-Verordnung vom 28. Oktober 1980 in die Förderung der ganzjährigen Beschäftigung im Baugewerbe einbezogen wird. Die Umlage wird allein von den Arbeitgebern des Baugewerbes finanziert, die Beschäftigten brauchen keinen Beitragsanteil zu tragen. Betriebe des Baugewerbes sind solche Betriebe, deren Mitarbeiter durch Bauleistungen überwiegend in Anspruch genommen sind (Bundessozialgericht (BSG) vom 15. Februar 2000, [SozR 3-4100 § 75 Nr. 3](#); BSG vom

4. März 1999, [BSGE 83, 297](#)). Dies ist hier der Fall. Die nach § 76 Abs. 2 AFG erlassene Verordnung über die Betriebe des Baugewerbes, in denen die ganzjährige Beschäftigung zu fördern ist (Baubetriebe-Verordnung) regelt in § 1 die zugelassenen Betriebe. Danach ist die ganzjährige Beschäftigung in der Bauwirtschaft durch die Leistungen der produktiven Winterbauförderung und das Schlechtwettergeld in Betrieben und Betriebsabteilungen zu fördern, die gewerblich überwiegend Bauleistungen (§ 75 Abs. 1 AFG) erbringen. In § 1 Abs. 2 werden beispielhaft die Arbeiten aufgeführt. Damit gehört die Klägerin, die damals ungefähr 75 gewerbliche Arbeitnehmer und 10 Bürokräfte beschäftigt hatte, zu den umlagepflichtigen Baubetrieben, da sie, wie ihrer Internetseite zu entnehmen ist (<http://www.B.-Bau.de>), auch schon im streitigen Zeitraum unter anderem im Hochbau und Wohnungsbau, Gewerbe und Industriebau sowie im Tiefbau und Kanalbau und Straßenbau tätig gewesen war.

Die Klägerin war nach [§ 10 Abs. 1](#) Arbeitnehmerüberlassungsgesetz (AÜG) Arbeitgeberin der von den Firmen T. GmbH, T. und Z. M. zur Verfügung gestellten Bauarbeiter. Gemäß [§ 1b AÜG](#) war die gewerbsmäßige Arbeitnehmerüberlassung in Betriebe des Baugewerbes für Arbeiten, die üblicherweise von Arbeitern verrichtet werden, unzulässig. Sie ist zwischen Betrieben des Baugewerbes gestattet, wenn diese Betriebe von denselben Rahmen- und Sozialkassentarifverträgen oder von deren Allgemeinverbindlichkeit erfasst werden. Die oben genannten Firmen hatten unstreitig keine entsprechende Genehmigung. Diese Vorschrift ist im Interesse der Arbeitnehmer ergangen, um diese vor einer sozialen Benachteiligung zu schützen. Da sich die Baubranche für illegale Praktiken der Arbeitnehmerüberlassung besonders anfällig gezeigt hat ([BT-Drucks. 14/4220, S. 30](#) f.), hat der Gesetzgeber wegen der Unzulänglichkeit der Kontrollrechte und Meldepflichten, des Ausschlusses der Leiharbeiter von den tariflichen Sozialleistungen des Baugewerbes und zur Verhinderung eines Abbaus der "Normalbeschäftigung" im Baugewerbe diese Vorschrift erlassen (Thüsing, AÜG, § 1b Rdnr. 6 m.w.N.). Dementsprechend regelt auch § 12a AFG als gesetzliches Verbot mit Rechtswirkung auf Verträge, die auf eine Arbeitnehmerüberlassung in Betriebe des Baugewerbes gerichtet sind und die Tätigkeit von Arbeitern betreffen, dass die gewerbsmäßige Arbeitnehmerüberlassung in Betriebe des Baugewerbes für Arbeiten unzulässig ist, die üblicherweise von Arbeitern verrichtet werden.

Eine illegale Arbeitnehmerüberlassung liegt vor, wenn die Arbeitnehmer ohne gültige Erlaubnis nach [§ 1 AÜG](#) überlassen werden und Ausnahmetatbestände nicht eingreifen oder wenn der Verleiher entgegen [§ 1 Abs. 2 AÜG](#) nicht die gesetzlichen Arbeitgeberpflichten übernimmt oder gegen die Höchstverleihdauer beim selben Entleiher verstößt oder gegen das Verbot der Arbeitnehmerüberlassung im Baugewerbe verstößt wird. Häufig wird die illegale Arbeitnehmerüberlassung getarnt, indem Sachverhalte vorgetäuscht werden, die, falls sie tatsächlich vorlägen, legal wären. Typisch ist, die Ausführung eines Werkvertrages vorzutäuschen (BT-Drucks., a.a.O., S. 34; siehe Pawlak in Spellbrink/Eicher, Kasseler Handbuch des Arbeitsförderungsrechts, § 28, Rdnrn. 4, 36).

Rechtsfolge der illegalen Arbeitnehmerüberlassung ist die Unwirksamkeit der Verträge zwischen Verleihern und Leiharbeitnehmern sowie zwischen Verleihern und Entleihern, soweit der Verleiher nicht die nach [§ 1 AÜG](#) erforderliche Erlaubnis besitzt. Für das unwirksame

Leiharbeitsverhältnis gelten die Grundsätze des faktischen Arbeitsverhältnisses, soweit es vollzogen ist. Durch die gesetzliche Regelung des [§ 10 Abs. 1 AÜG](#) wird der Entleiher Arbeitgeber der Leiharbeitnehmer. Denn nach dieser Vorschrift gilt ein Arbeitsverhältnis zwischen dem Leiharbeitnehmer und dem Entleiher als zu Stande gekommen. Diese Regelung hat Auswirkungen nicht nur auf das Arbeits- und Zivilrecht, sondern auch für die gesamte Rechtsordnung. Der Arbeitgeber hat danach die vollen Arbeitgeberpflichten. Die Rechtswirkungen treten unabhängig von der Kenntnis des Entleihers vom Fehlen einer Erlaubnis nach [§ 1 AÜG](#) ein. Fehlt die Erlaubnis von Anfang an bei Vertragsschluss, kommt zudem für den mit Beginn der Tätigkeit beim Entleiher vorgesehenen Zeitpunkt das Arbeitsverhältnis mit diesem zu Stande ([§ 10 Abs. 1 S. 1 AÜG](#)).

Entgegen der Klägerin sind die zwischen ihr und den oben genannten Firmen geschlossenen Verträge über die Verwendung der ausländischen Arbeitnehmer keine Werkverträge gewesen, sondern Arbeitnehmerüberlassungsverträge. Unter Arbeitnehmerüberlassung ist das Zurverfügungstellen von Arbeitnehmern einem Dritten zur Arbeitsleistung zu verstehen. Anders verhält es sich beim Werkvertrag, bei dem sich ein Unternehmer (Hersteller) gegenüber dem Besteller zur Herstellung eines individuellen Werkes verpflichtet ([§ 631 Bürgerliches Gesetzbuch](#)). Bei Werkverträgen organisiert der Unternehmer die zur Erreichung eines wirtschaftlichen Erfolges notwendigen Handlungen selbst, wobei er sich eines Erfüllungsgehilfen bedienen kann. Der Unternehmer bleibt aber für die Erfüllung der im Vertrag vorgesehenen Dienste und für die Herstellung des geschuldeten Werkes verantwortlich. Im Gegensatz dazu überlässt er bei der Arbeitnehmerüberlassung dem Vertragspartner geeignete Arbeitskräfte, die dieser nach seinen eigenen betrieblichen Erfordernissen in seinem Betrieb einsetzen kann. Ein weiteres Abgrenzungsmerkmal zwischen Werkvertrag und Arbeitnehmerüberlassung ist die Abrechnung der Arbeiten. Wird nach der Anzahl der geleisteten Arbeitsstunden der eingesetzten Arbeitnehmer abgerechnet, so liegt Arbeitnehmerüberlassung vor (Knigge, Ketelsen, Marschall, Wittrack, Kommentar zum AFG, § 12a, Anm. 4 m.w.N. der ständigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (BAG), Bundessozialgerichts (BSG), Bundesgerichtshofs (BGH) und Bundesverwaltungsgerichts (BVerwG)).

Inhalt des Werkvertrages ist also die Erbringung eines Erfolgs, wobei maßgeblich das Ergebnis der Arbeitsleistung ist und nicht die Arbeitsleistung selbst. Beim Werkvertrag wird der Unternehmer oder Subunternehmer für einen anderen selbstständig tätig. Er organisiert die zur Erreichung des wirtschaftlichen Erfolgs notwendigen Handlungen nach eigenen betrieblichen Vorstellungen. Er bleibt für die Erfüllung des nach dem Vertrag geschuldeten Werks selbst verantwortlich. Die zur Ausführung des Werkvertrages eingesetzten Arbeitnehmer unterliegen weiterhin den Weisungen des (Sub-)Unternehmers. Sie bleiben seine Erfüllungsgehilfen und sind nicht in den Betrieb des Werkbestellers eingegliedert (Pawlak, a.a.O., Rdrrn. 25, 26).

Dementsprechend hat das BSG bereits mit den Urteilen vom 11. Februar 1988 (USK 8821 = [NZA 1988, 748](#)) und vom 19. März 1992 ([SozR 3-7815 Art. 1 § 2 Nr. 1](#) = [NZA 1993, 95](#)) entschieden, dass der Arbeitnehmerüberlassungsvertrag auf die entgeltliche Zurverfügungstellung von Arbeitnehmern zur Arbeitsleistung bei einem Dritten gerichtet ist; bei der Arbeitnehmerüberlassung werden dem Entleiher die Arbeitnehmer zur Verrichtung von Diensten zur Verfügung gestellt. Dem Entleiher steht ein unmittelbares Weisungsrecht gegenüber den Arbeitnehmern zu. Die Arbeitnehmer sind in den Betrieb des Entleihers eingegliedert. Dagegen wird der Subunternehmer bei einem Werkvertrag für einen anderen tätig und organisiert die zur Erreichung des wirtschaftlichen Erfolgs erforderlichen Handlungen nach seinen eigenen betrieblichen Vorstellungen. Dabei ist der Erfüllungsgehilfe nicht in den Betrieb des Werkbestellers eingegliedert. Indizien für das Vorliegen eines Werkvertrages sind unter anderem die Vergütung nach Maßgabe des erzielten Erfolges und nicht nach der Zahl der dazu benötigten Arbeitsstunden und die Tatsache, dass die Arbeitnehmer des Subunternehmers in einer gesonderten Arbeitsgruppe organisiert sind. Indizien für eine Arbeitnehmerüberlassung sind das Anfordern einer bestimmten Zahl von Arbeitnehmern oder die Vergütung der Arbeiten nach Anzahl der geleisteten Arbeitsstunden.

Mit Urteil vom 30. Januar 1991 hat das BAG zu den Scheinverträgen Stellung genommen ([BAGE 67, 124 f.](#) = [NZA 1992, 19](#) = USK 91119): Über die rechtliche Einordnung eines Vertrages als Arbeitnehmerüberlassungsvertrag oder als Werk- oder Dienstvertrag entscheidet der Geschäftsinhalt und nicht die von den Vertragsparteien gewünschte Rechtsfolge oder eine Bezeichnung, die dem tatsächlichen Geschäftsinhalt nicht entspricht. Der Geschäftsinhalt kann sich sowohl aus den ausdrücklichen Vereinbarungen der Vertragsparteien, als auch aus der praktischen Durchführung des Vertrages ergeben. Widersprechen sich beide, so ist die tatsächliche Durchführung des Vertrages maßgebend, sofern die auf Seiten der Vertragsparteien zum Vertragsabschluss berechtigten Personen die abweichende Vertragspraxis kannten und sie zumindest geduldet haben. Denn aus der praktischen Handhabung der Vertragsbeziehungen lassen sich am ehesten Rückschlüsse darauf ziehen, was die Vertragsparteien wirklich gewollt haben.

Unter Berücksichtigung dieser Kriterien muss der Senat vom Vorliegen einer Arbeitnehmerüberlassung ausgehen. Die Klägerin hat durch ihren Geschäftsführer W. und die übrigen leitenden Mitarbeiter (wie Bauleiter, Vorarbeiter und Polier) gegenüber den von den genannten ausländischen Firmen zur Verfügung gestellten Arbeitskräften ein umfassendes Direktionsrecht bezüglich des Einsatzes auf den verschiedenen Baustellen, der zu verrichtenden Arbeiten sowie der Arbeitszeit ausgeübt. Diese Arbeitskräfte sind mit den eigenen Arbeitnehmern der Klägerin zusammen tätig gewesen und von den leitenden Mitarbeitern der Klägerin in zahlreichen Fällen in die Arbeit eingewiesen und je nach Bedarf von einer zur anderen Baustelle umgesetzt worden. Die Verträge der Klägerin mit den ausländischen Arbeitnehmerüberlassungsfirmen haben entweder kein Aufmaß oder nur ein fiktives Aufmaß enthalten. Die Vergütung der überlassenen Arbeitnehmer ist nach der Arbeitszeit erfolgt und nicht nach einem Gesamtpreis für ein bestelltes Werk. Schließlich ist zu berücksichtigen, dass die Klägerin nach ihrem eigenen Vorbringen die von den überlassenen Arbeitnehmern verrichteten Arbeitsstunden erfasst und kontrolliert hat.

Dies steht fest aufgrund der Ermittlungen der Bearbeitungsstelle zur Bekämpfung der illegalen Beschäftigung bei dem Arbeitsamt P ... Hierbei hat die Bearbeitungsstelle mehrere Mitarbeiter der Klägerin als Zeugen vernommen und die Geschäftsunterlagen der Firmen sichergestellt. Der Senat ist nicht gehindert, die Angaben in der Strafanzeige als Urkundenbeweis zu würdigen ([§ 106 Abs. 3 Nr. 1 SGG](#)). Die Ermittlungen haben zu einem Strafbefehl gegen den Geschäftsführer der Klägerin W. geführt und dem Strafverfahren zu Grunde gelegen. W. hat schließlich in der Hauptverhandlung vor dem Amtsgericht B-Stadt am 27. Februar 1997 den zur Last gelegten Sachverhalt eingeräumt. Auch dieser Umstand ist im vorliegenden Verfahren zu berücksichtigen, ohne dass es darauf ankommt, aus welchen taktischen Gründen W. damals an der Einstellung dieses Verfahrens interessiert war.

Der Senat trägt auch keine Bedenken an der Berechnung der Höhe der Umlage. Bemessungsgrundlage im streitigen Zeitraum war das Bruttoarbeitsentgelt, d.h. die Vergütung für die Leiharbeitnehmer. Nach der Winterbau-Umlageverordnung vom 13. Juli 1972 beträgt die

Höhe der Umlage für die produktive Winterbauförderung einschließlich der Verwaltungskosten 2% der lohnsteuerpflichtigen Bruttoarbeitsentgelte der Arbeiter in Betrieben oder Betriebsabteilungen, in denen die ganzjährige Beschäftigung durch die Leistungen der produktiven Winterbauförderung zu fördern ist. Unerheblich für die Berechnung der Umlage ist, ob das erarbeitete Arbeitsentgelt den Arbeitnehmern auch tatsächlich zugeflossen ist (BSG vom 16. November 1984, USK 84190; BSG vom 24. November 1983, [SozR 4100 § 186a Nr. 18](#)). Bei der Berechnung hat sich die Beklagte zu Recht im Bescheid vom 8. Dezember 2000 auf die tariflichen Löhne im Baugewerbe sowie auf die im Bußgeldverfahren ermittelten Arbeitsstunden gestützt. Denn die Klägerin ist ihrer Mitteilungspflicht als Arbeitgeberin trotz der Aufforderung im Bescheid vom 9. November 1995 nicht nachgekommen. Sie war als Arbeitgeberin verpflichtet (§ 4 Winterbau-Umlageverordnung), der Beklagten auf deren Verlangen hin die Höhe der lohnsteuerpflichtigen Bruttoarbeitsentgelte der Arbeiter und die Höhe der fälligen Umlagebeträge zu melden. Da die Klägerin gegen die Berechnung keine substantiierten Einwendungen erhoben hat, ist ihre Ansicht zurückzuweisen, die Berechnung der Beklagten sei unzutreffend. Der Berechnungsvorgang beruht auf der gesetzlichen Grundlage und der Winterbau-Verordnung.

Die Hauptforderung der Beklagten ist nicht verjährt. Der gemäß § 3 Abs. 2 Winterbau-Umlageverordnung und § 179 S. 1 AFG anwendbare [§ 25 SGB IV](#) sieht vor, dass der Zahlungsanspruch in vier Jahren nach Ablauf des Kalenderjahres verjährt, in dem er fällig geworden ist. Bei einer vorsätzlichen Vorenthaltung der Umlage verjährt die Forderung der Beklagten in 30 Jahren nach Ablauf des Kalenderjahres, in dem sie fällig geworden ist. Der letztgenannte Fall liegt hier entgegen dem SG vor, d.h. die Verjährungsfrist beträgt 30 Jahre. Für den Vorsatz, wie ihn [§ 25 Abs. 1 S. 2 SGB IV](#) voraussetzt, sind das Bewusstsein und der Wille erforderlich, die Abführung der fälligen Beiträge zu unterlassen. Es reicht nach der Rechtsprechung des BSG (BSG vom 30. März 2000, USK 2000-9; BSG vom 21. Juni 1990, USK 90106) hierbei auch aus, wenn der Schuldner die Beiträge mit bedingtem Vorsatz vorenthalten hat, er also seine Beitragspflicht für möglich gehalten, die Nichtabführung der Beiträge aber billigend in Kauf genommen hat. Zum Nachweis des bedingten Vorsatzes hat das BSG hier ausgeführt, dass Vorsatz regelmäßig vorliegt, wenn für das gesamte typische Arbeitsentgelt überhaupt keine Beiträge entrichtet werden. Zum Vorsatz gehört in diesen Fällen, dass es der Arbeitgeber zumindest für möglich hält, dass bestimmte Zuwendungen an die Arbeitnehmer dem Grunde nach beitragspflichtiges Arbeitsentgelt und Beiträge sind und die Umlage zu zahlen ist. Hingegen braucht die genaue Beitragshöhe nicht vom Vorsatz umfasst zu werden. Indizien für die vorsätzliche Vorenthaltung sind die Prüfung und Beurteilung der für ein Unternehmen typischen Arbeitgeberpflichten (die steuerrechtliche und beitragsrechtliche Behandlung des Entgelts und die Bearbeitung der Lohn- und Gehaltsabrechnung; siehe Hauck-Haines, SGB IV, [§ 25](#), Rdnr. 4).

Hierbei kommt es nicht maßgebend auf die Kenntnis und das Wollen von W. im Zeitpunkt des Abschlusses der Verträge mit den ausländischen Arbeitnehmerüberlassungsfirmen an. Nach der Rechtsprechung des BSG (BSG vom 30. März 2000, a.a.O.; BSG vom 21. September 2005, [B 12 KR 64/04 B](#) - unveröffentlicht) verjähren Ansprüche auf Beiträge auch dann in 30 Jahren, wenn der Vorsatz zu ihrer Vorenthaltung bei Fälligkeit der Beiträge noch nicht vorlag, er aber noch vor Ablauf der vierjährigen Verjährungsfrist eingetreten ist. Eine anfänglich etwa vorhandene Gutgläubigkeit begründet keinen Vertrauensschutz, wenn nach Fälligkeit, aber noch vor Ablauf der kurzen Verjährungsfrist Vorsatz hinzutritt. Vorsätzlich sind Beiträge auch dann vorenthalten, wenn der Schuldner von seiner bereits früher entstandenen und fällig gewordenen Beitragschuld erfährt oder er diese erkennt, die Entrichtung der rückständigen Beiträge aber dennoch willentlich unterlässt. Das Verstreichen des Fälligkeitstermins beseitigt weder das Bestehen der Beitragsforderung noch ihre Fälligkeit. Der Beitragsschuldner bleibt auch in solchen Fällen verpflichtet, bisher unterlassene Meldungen nachzuholen, unrichtige, weil unvollständige erstattete Meldungen zu berichtigen und die bisher unterlassene Beitragszahlung nachzuholen. Demgegenüber fällt nicht ins Gewicht, dass der Beitragsschuldner in solchen Fällen trotz anfänglicher Gutgläubigkeit so behandelt wird, als sei er bereits bei Eintritt der Fälligkeit bösgläubig gewesen. Denn auch einem Gutgläubigen ergeht es nicht anders. Diese Rechtsprechung ist auch im vorliegenden Fall der Winterbaumlage anzuwenden.

Bezüglich der objektiven Beweislast des Nachweises gilt, dass sie grundsätzlich von der Beklagten zu tragen ist, weil sie sich auf die dreißigjährige Verjährungsfrist berufen hat (BSG vom 30. März 2000 [SozR 3-2400 § 25 Nr. 7](#)). Ausnahmsweise kann sich die Beweislastverteilung ändern, so dass der Schuldner gehalten ist, die für den Vorsatz sprechenden Umstände zu entkräften. Dies gilt insbesondere für Tatsachen, die der Sphäre des Schuldners zuzuordnen sind (BSG vom 24. Mai 2006 [SozR 4-4220 § 6 Nr. 4](#); BSG vom 21. März 2007, USK 2007-11).

So liegt der Fall auch hier, weil die Klägerin, insbesondere durch W., genauere Kenntnis hatte über die ihrer Sphäre zuzurechnenden Motive für den Einsatz der fremden Arbeitskräfte, Kalkulation der Bauprojekte und die damit verbundene Kosteneinsparung. Es geht im vorliegenden Fall ferner um die in der Baubranche weit verbreitete Heranziehung von Leiharbeitnehmern und um typische Vertragsgestaltungen und Abgrenzungen von Arbeitnehmerüberlassungsverträgen und Werkverträgen sowie schließlich um die Umlagepflicht für die Winterbaumlage, eine Leistung, die von den Arbeitgebern des Baugewerbes finanziert wird. Die Klägerin als juristische Person des Privatrechts kann zwar keine Kenntnis haben, es wird ihr aber die Kenntnis des zuständigen "Amtswalters" (BSG vom 17. April 2008 [B 13 R 123/07 R](#) - noch unveröffentlicht) zugerechnet. Dies ist gemäß [§§ 35, 43 GmbH - Gesetz der Geschäftsführer](#), für den der Sorgfaltsmaßstab eines ordentlichen Geschäftsmannes gilt.

Dass W. als Geschäftsführer eines Bauunternehmens Zweck und Folgen der og. Verträge unbekannt gewesen sein sollten, lässt sich anhand des Inhalts der beigezogenen Akten nicht nachvollziehen. W. wusste bereits aufgrund der Strafanzeige vom 14. November 1994 und der hier angegebenen Beweismittel, dass eine Umlagepflicht aus dem Bruttoarbeitsentgelt auf die Klägerin zukam. Er und seine leitenden Mitarbeiter haben gegenüber den überlassenen Arbeitnehmern das Weisungsrecht ausgeübt und diese wie eigene Arbeitnehmer eingesetzt. Die Klägerin hat die von den überlassenen Arbeitnehmern geleisteten Arbeitsstunden erfasst und kontrolliert. Dies wäre überflüssig gewesen, wenn die mit den Arbeitnehmerüberlassungsfirmen geschlossenen Verträge Werkverträge gewesen wären. W. hat in der Hauptverhandlung vor dem Amtsgericht B-Stadt den im Strafbefehl dargestellten Sachverhalt eingeräumt. Er war damit einverstanden, dass er mit der Einstellung des Strafverfahrens Zahlungen an eine gemeinnützige Einrichtung und die Staatskasse erbringt. Zu den typischen Anwendungsfällen des [§ 153a StPO](#) gehören die Vermögensdelikte, denen eine Schuld im mittleren Bereich zu Grunde liegt (Meyer-Gossner, StPO, 50. Aufl., [§ 153a](#), Rdnr. 7).

Auf einem Rechtsirrtum von W. kann sich die Klägerin nicht berufen, da es sich hier um typische Leistungen des Arbeitsförderungsrechts für die Bauwirtschaft handelt und sie bewusst ihrer Mitteilungspflicht nicht nachgekommen ist. Ebensowenig wird die Klägerin durch den gerichtlichen Vergleich entlastet, den sie am 7. Oktober 1999 mit der Einzugsstelle (AOK-Bayern) geschlossen hat. Auch wenn an diesem

Verfahren die Beklagte als Beigeladene beteiligt gewesen ist, hat die Vergleichsregelung keine Rechtsbindung zugunsten der Klägerin für das vorliegende Verfahren, weil es damals um Sozialversicherungsbeiträge, aber nicht um die streitige Umlage gegangen ist.

Die Beklagte war auch berechtigt, für die verspätete Zahlung der Winterbaumlage Säumniszuschläge zu erheben. Denn gemäß § 3 Abs. 2 Winterbau-Umlageverordnung ist § 179 S. 1 AFG entsprechend anzuwenden. Diese Vorschrift verweist auf die Vorschriften des Sozialgesetzbuches IV (SGB IV), unter anderem auf die Erhebung von Säumniszuschlägen ([§ 24 SGB IV](#)). Abzustellen ist im vorliegenden Fall auf den Bescheid vom 7. November 2001 über die Erhebung der Säumniszuschläge vom 16. Mai 2000 bis 17. August 2001 in Höhe von 4.475,00 DM, weil die Beklagte mit diesem Bescheid den vorangegangenen Bescheid über die Säumniszuschläge vom 19. Juli 2001 der Höhe nach abgeändert hat. Nach den in diesem Zeitraum geltenden Fassungen des [§ 24 SGB IV](#) waren gemäß Abs. 1 für Beiträge und Beitragsvorschüsse, die der Zahlungspflichtige nicht bis zum Ablauf des Fälligkeitstages gezahlt hat, für jeden angefangenen Monat der Säumnis ein Säumniszuschlag von 1 v.H. des rückständigen auf 100 Deutsche Mark nach unten abgerundeten Betrages zu zahlen. Gemäß Abs. 2 dieser Vorschrift ist ein Säumniszuschlag bei einer Beitragsforderung durch Bescheid mit Wirkung für die Vergangenheit nicht zu erheben, soweit der Beitragsschuldner glaubhaft macht, dass er unverschuldet keine Kenntnis von der Zahlungspflicht hatte.

Gegen die Erhebung der Säumniszuschläge ab 16. Mai 2000 bestehen keine rechtlichen Bedenken. Gemäß §§ 3 Abs. 2 Winterbau-Umlageverordnung VO, 179 AFG i.V.m. [§ 24 SGB IV](#) ist für die Umlage für jeden angefangenen Monat der Säumnis ein Säumniszuschlag zu zahlen. Die Umlagebeiträge werden grundsätzlich am 15. des Monats fällig, der dem Monat folgt, für den der Lohn zu zahlen ist (§ 3 Abs. 1 S. 1 Winterbau-Umlageverordnung VO). Damit sind die streitigen Säumniszuschläge im Wesentlichen bereits in den Jahren 1990 bis 1992 fällig geworden. Zunächst ging die Beklagte für den Beginn der Säumniszuschläge vom Bescheid vom 9. November 1995 aus, hat aber zugunsten der Klägerin für die Berechnung der Höhe ihr Schreiben an die Klägerin vom 20. April 2000 zu Grunde gelegt, mit dem sie auch auf die Erhebung der Säumniszuschläge hingewiesen hat. Sie hat damit zugunsten der Klägerin eine fiktive Fälligkeit am 15. Mai 2000 angenommen. Die Voraussetzungen des [§ 24 Abs. 2 SGB IV](#) liegen nicht vor, da die Klägerin von der Zahlungspflicht Kenntnis hatte.

Die Forderung der Beklagten insgesamt ist auch nicht verwirkt. Nach der ständigen Rechtsprechung des BSG (Urteil vom 27. November 1985, EzS 150/40; Urteil vom 29. Juli 1982 DBIR 2775a, AFG/§ 186a; BSG vom 30. November 1978, [BSGE 47, 194](#)) setzt die Verwirkung als Unterfall der unzulässigen Rechtsausübung voraus, dass der Berechtigte die Ausübung eines Rechts während eines längeren Zeitraums unterlassen hat und weitere besondere Umstände hinzutreten, die nach den Besonderheiten des Einzelfalles und des in Betracht kommenden Rechtsgebietes das verspätete Geltendmachen des Rechts nach Treu und Glauben dem Verpflichteten gegenüber als illoyal erscheinen lassen. Solche die Verwirkung auslösenden "besonderen Umstände" liegen vor, wenn der Verpflichtete infolge eines bestimmten Verhaltens des Berechtigten darauf vertrauen durfte, dass dieser das Recht nicht mehr geltend machen werde und der Verpflichtete tatsächlich darauf vertraut hat und sich infolgedessen in seinen Vorkehrungen und Maßnahmen so eingerichtet hat, dass ihm durch die verspätete Durchsetzung des Rechts ein unzumutbarer Nachteil entstehen würde. Ein bloßes Nichtstun der Behörde reicht im Allgemeinen nicht als Verwirkungsverhalten aus.

Es liegen hier keine besonderen Umstände auf Seiten der Beklagten vor, auf die die Klägerin ihr Vertrauen hätte stützen dürfen, dass die Beklagte von der Einziehung der Umlage absehen würde. Der Einwand des Verstoßes gegen Treu und Glauben kann der Nachforderung der Winterbaumlage nur dann entgegengehalten werden, wenn der Versicherungsträger dazu beigetragen hat, dass die Beiträge nicht oder in zu geringer Höhe entrichtet worden sind. Ein derartiges Verwirkungsverhalten der Beklagten ist nicht zu erkennen. Vielmehr muss berücksichtigt werden, dass sie von der Klägerin nicht die erforderlichen Meldungen erhalten hat, aus denen sich die Höhe der Umlage errechnet. Denn die Klägerin ist als Arbeitgeberin ihrer Meldepflicht nicht nachgekommen, so dass sie die Folgen dieses Unterlassens zu tragen hat, soweit Verjährung noch nicht eingetreten ist (BSG vom 29. Juli 1982 a.a.O.). Die Beklagte war daher darauf angewiesen, den Ausgang des Strafverfahrens gegen W. abzuwarten. Ferner ist hier noch zu berücksichtigen, dass die Klägerin durch den gerichtlichen Vergleich mit der Einzugsstelle vom 7. Oktober 1999 unter anderem die gleichfalls für die Erhebung der Umlage bedeutsame Arbeitnehmereigenschaft der überlassenen Arbeitskräfte akzeptiert hat, so dass ein Vertrauen auf eine andere rechtliche Beurteilung durch die Beklagte nicht gerechtfertigt war.

Die Kostenentscheidung beruht auf [§ 193 SGG](#). Es gilt im vorliegenden Fall noch das alte Kostenrecht des SGG, weil das neue Recht des [§ 197a SGG](#) nur anzuwenden ist, wenn das Verfahren ab Inkrafttreten (2. Januar 2002) rechtshängig geworden ist. Für vorher rechtshängige Verfahren gilt für alle Instanzen, auch wenn ein Rechtsmittel erst nach dem 1. Januar 2002 eingelegt worden ist, noch der alte § 183 (Art. 17 Abs. 1 S. 2 6.SGG-Änderungsgesetz).

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

Rechtskraft

Aus

Login

FSB

Saved

2009-03-23