L 9 BA 2744/18

Land
Baden-Württemberg
Sozialgericht
LSG Baden-Württemberg
Sachgebiet
Betriebsprüfungen
Abteilung
9
1. Instanz
SG Freiburg (BWB)
Aktenzeichen
S 20 R 4074/16
Datum
19.06.2018
2. Instanz
LSG Baden-Württemberg
Aktenzeichen
L 9 BA 2744/18
Datum
15.06.2021
3. Instanz
-
Aktenzeichen
-
Datum
-
Kategorie
Urteil

Die Berufung der Klägerin gegen das Urteil des Sozialgerichts Freiburg vom 19. Juni 2018 wird zurückgewiesen.

Die Klägerin trägt die Kosten des Verfahrens in beiden Instanzen mit Ausnahme der Kosten der Beigeladenen, die ihre Kosten selbst zu tragen haben.

Der Streitwert für das Berufungsverfahren wird endgültig auf 24.196,07 € festgesetzt.

Tatbestand

Zwischen den Beteiligten ist die Nachforderung von Sozialversicherungsbeiträgen und Säumniszuschlägen für die Beigeladenen zu 1) und 2) für den Zeitraum 20.08.2014 bis 31.07.2015 in Höhe von insgesamt 24.196,07 € streitig.

Die Klägerin betreibt in der Rechtsform der GmbH ein Bauunternehmen, das im Wesentlichen Arbeiten im Außen- und Innenputz, Trockenbau sowie Wärme- und Schallschutz ausführt. Im streitigen Zeitraum beschäftigte sie acht bis neun Angestellte.

Die rumänischen Staatsangehörigen A. B. (Beigeladener zu 1)) und C. D. (Beigeladener zu 2)) führten im streitigen Zeitraum für die Klägerin Arbeiten im Trockenbau und Gipsarbeiten aus.

Der Beigeladene zu 1) hatte am 27.10.2014 ein Gewerbe mit dem Gegenstand Trockenbau und Abbrucharbeiten angemeldet; am 03.06.2015 erfolgte die Gewerbeabmeldung wegen Betriebsaufgabe zum 30.04.2015. Am 12.08.2015 meldete er ab dem 01.08.2015 wieder ein Gewerbe mit dem Gegenstand „Trockenbau (Teil-Wiederaufnahme der zum 30.04.2015 abgemeldeten Tätigkeit)“ an. Er wurde aufgrund einer mündlichen Vereinbarung ab Oktober 2014 für die Klägerin tätig und führte Trockenbau- und Gipsarbeiten aus; er erhielt einen Stundenlohn von zunächst 15,00 €, später von 17,50 €, den er der Klägerin ungefähr monatlich in Rechnung stellte. Regelungen hinsichtlich Urlaub oder Lohnfortzahlung im Krankheitsfall wurden nicht getroffen. Aufträge konnten durch den Beigeladenen zu 1) abgelehnt werden. Er beschäftigte keine eigenen Arbeitnehmer, vergab aber während der Tätigkeit für die Klägerin zweimal Aufträge an zwei Subunternehmer. Im streitigen Zeitraum war er für einen weiteren Auftraggeber tätig. Er verfügte nicht über eigene Geschäfts- oder Betriebsräume; das für die Bauarbeiten notwendige Material wurde durch die Klägerin zur Verfügung gestellt, die notwendigen Arbeitsgeräte (Akkubohrer, Kelle, Messer) besaß der Beigeladene zu 1) selbst. Zu Beginn der Tätigkeit wurden dem Beigeladenen zu 1) auf der Baustelle durch den Geschäftsführer der Klägerin oder deren Vorarbeiter die Arbeiten durch ihn zu verrichten waren, zugewiesen; die Arbeiten selbst wurden durch ihn alleine ausgeführt. Weisungen über die Ausführungen der Arbeiten wurden entweder persönlich mitgeteilt oder es wurde ein entsprechender Plan vorgelegt.

Der Beigeladene zu 2) meldete zum 09.10.2013 ein Gewerbe mit dem Gegenstand Trockenbau an. Er wurde ab Mitte August 2014 aufgrund einer mündlichen Vereinbarung für die Klägerin tätig und führte Trockenbau- und Gipsarbeiten aus; er erhielt einen Stundenlohn von 15,00 €, den er der Klägerin monatlich in Rechnung stellte. Regelungen für Urlaub oder Lohnfortzahlung im Krankheitsfall wurden nicht getroffen. Aufträge konnten durch ihn abgelehnt werden. Er beschäftigte keine eigenen Arbeitnehmer; er verfügte nicht über eigene Geschäfts- oder Betriebsräume; das für die Bauarbeiten notwendige Material wurde durch die Klägerin zur Verfügung gestellt, das notwendige Werkzeug besaß der Beigeladene zu 2) selbst und lagerte es im Kofferraum seines Autos. Zu Beginn der Tätigkeit wurden dem Beigeladenen zu 2) auf der Baustelle die durch ihn zu verrichtenden Arbeiten durch den Geschäftsführer der Klägerin oder deren Vorarbeiter zugewiesen; die Arbeiten selbst wurden durch ihn alleine ausgeführt. Weisungen über die Ausführungen der Arbeiten wurden entweder

persönlich mitgeteilt oder es wurde ein entsprechender Plan vorgelegt.

Am 11.08.2015 erfolgte durch das Hauptzollamt E. eine Prüfung eines Bauvorhabens der Klägerin in F.. Laut Bericht vom 01.09.2015 waren auf der Baustelle sieben Personen damit beschäftigt, den Außenputz an die Fassade anzubringen und gewisse Abklebearbeiten zu tätigen. Der Beigeladene zu 1) entzog sich der Kontrolle, wurde am 13.08.2015 auf derselben Baustelle aber beim Legen von Ecksteinen angetroffen. Er gab an, am 13.08.2015 wieder ein Gewerbe angemeldet zu haben. Da der Beigeladene zu 1) sein Gewerbe zum 30.04.2015 abgemeldet hatte, zweimal bei Ausführungen von Arbeiten für die Klägerin angetroffen worden war und am 13.08.2015 wieder ein Gewerbe angemeldet hatte, bestand für das Hauptzollamt 01.09.2015 der Verdacht, dass der Beigeladene zu 1) vom Zeitpunkt der Gewerbeabmeldung ohne Gewerbe gearbeitet habe und von der Klägerin „schwarz“ (ohne Anmeldung zur Sozialversicherung) beschäftigt worden sei. Im Zuge eines daraufhin gegen den Geschäftsführer der Klägerin eingeleiteten Ermittlungsverfahrens wegen Vorenthaltung und Veruntreuung von Arbeitsentgelt wurden durch das Hauptzollamt Rechnungsunterlagen beigezogen sowie der Vorarbeiter G. und die Beigeladenen zu 1) und 2) vernommen. Der Beigeladene zu 1) gab u.a. an, er habe auch nach Abmeldung seines Gewerbes am 30.04.2015 weiterhin für die Klägerin gearbeitet, Rechnungen aber nicht mehr in eigenem Namen, sondern auf den Namen H. gestellt. Herr H. habe selbst nicht mitgearbeitet, er habe nur die Rechnungen geschrieben. Für das Schreiben der Rechnungen habe der Beigeladene zu 1) Herrn H. einen bestimmten Prozentsatz des Rechnungsbetrages abgeben müssen. Der Geschäftsführer der Klägerin habe nicht darüber Bescheid gewusst, dass er kein Gewerbe mehr angemeldet habe, er habe ihn im Glauben gelassen, für Herrn H. selbstständig zu arbeiten. Wegen der Aussagen der Beigeladenen zu 1) und 2) sowie des Vorarbeiters G. im Einzelnen wird auf Blatt 24 ff., 32 ff. und 52 ff. der Verwaltungsakten Bezug genommen.

Das Strafverfahren gegen den Geschäftsführer der Klägerin wurde durch die Staatsanwaltschaft I. mit Verfügung vom 11.05.2016 gegen Zahlung einer Geldauflage gemäß [§ 153a Abs. 1](#) Strafprozessordnung (StPO) eingestellt.

Die Unterlagen leitete das Hauptzollamt der Beklagten zur sozialversicherungsrechtlichen Auswertung zu. Daraufhin führte die Beklagte bei der Klägerin eine Betriebsprüfung nach [§ 28p](#) Viertes Buch Sozialgesetzbuch (SGB IV) i.V.m. § 2 Abs. 2 des Gesetzes zur Bekämpfung der Schwarzarbeit und illegalen Beschäftigung (SchwarzArbG) für den Zeitraum 01.01.2011 bis 31.12.2014 durch.

Nach Anhörung vom 19.01.2016, zu der die Klägerin mit Schreiben vom 12.02.2016 ausführlich Stellung genommen hat, forderte die Beklagte mit Bescheid vom 23.02.2016 die Zahlung von Sozialversicherungsbeiträgen in Höhe von insgesamt 24.196,07 €, wobei in der Forderung Säumniszuschläge in Höhe von 1.826,50 € enthalten waren. Die Ermittlungen hätten ergeben, dass die Tätigkeit der Beigeladenen zu 1) und zu 2) in der Zeit vom 20.08.2014 bis 31.07.2015 im Rahmen eines sozialversicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnisses erfolgt sei. Für eine nichtselbstständige Tätigkeit sprächen folgende Gesichtspunkte: Die Beigeladenen zu 1) und 2) hätten keine eigenen Geschäfts- und Betriebsräume und beschäftigten keine eigenen Arbeitnehmer. Es sei ein Stundenlohn von 15,00 €, beim Beigeladenen zu 1) später von 17,50 € vereinbart worden. Es sei kein Leistungsverzeichnis erstellt worden. Weisungen hinsichtlich der Ausführung der Arbeit seien teilweise erteilt worden, die Tätigkeit sei in Absprache mit dem Auftraggeber auf der Baustelle vor Ort ausgeführt worden, sie habe auf den jeweiligen Bauvorhaben des Auftraggebers stattgefunden, ebenso seien die Arbeiten kontrolliert worden. Die Beigeladenen zu 1) und 2) hätten ähnliche Arbeiten ausgeführt wie festangestellte Arbeitnehmer der GmbH, es habe keinen Unterschied zu den Tätigkeiten der festangestellten Mitarbeiter gegeben. Der Beigeladene zu 2) sei verpflichtet gewesen, die Arbeiten persönlich auszuführen. Die Beigeladenen zu 1) und 2) hätten sich an die Arbeitsabläufe der Firma zeitlich und örtlich anpassen müssen. Sie seien nach außen nicht als Selbstständige zu erkennen gewesen und hätten keine Werbung betrieben. Sie verwendeten bei den Arbeiten auf den Baustellen Roh-, Hilfs- und Betriebsstoffe der Klägerin; aus den vorliegenden Rechnungen gingen andere Abrechnungsposten nicht hervor. Der Beigeladene zu 1) habe weder eine betriebliche Unfallversicherung noch sonstige Versicherungen (Krankenversicherung, Rentenversicherung, Betriebshaftpflicht) abgeschlossen, der Beigeladene zu 2) lediglich eine Krankenversicherung. Für eine Selbstständigkeit spreche die jeweilige Gewerbeabmeldung, der Umstand, dass keine Lohnfortzahlung im Krankheits- und Urlaubsfall vereinbart gewesen sei, die Tätigkeit für andere Auftraggeber und die Möglichkeit, Aufträge ablehnen und sich die Arbeitszeit selbst gestalten zu können. Die für eine Selbstständigkeit sprechenden Punkte seien jedoch eher schwache Indizien. Der Beigeladene zu 1) habe zwar noch andere Auftraggeber gehabt, diese aber nicht gleichzeitig. Ein Unternehmerrisiko habe bei einem vereinbarten festen Stundenlohn nicht vorgelegen. Die Vergütung sei nicht abhängig vom Ergebnis der Tätigkeit gewesen. Ein unternehmerisches Handeln am Markt sei nicht ersichtlich. Bei den angegebenen eigenen Arbeitsmitteln handle es sich um Kleinwerkzeuge, die auch in vielen Privathaushalten anzutreffen seien. Der Kapitaleinsatz sei daher gering. Insgesamt würden die Merkmale, die für eine abhängige Tätigkeit sprechen, überwiegen. Die Möglichkeit, Aufträge anzunehmen oder abzulehnen, sei grundsätzlich ein Indiz für eine selbstständige Tätigkeit. Es seien jedoch auch im Rahmen einer abhängigen Beschäftigung Vertragsgestaltungen nicht unüblich, die es weitgehend dem Arbeitnehmer überließen, ob er im Anforderungsfall tätig werden wolle oder ein konkretes Angebot ablehne. Nehme der Betroffene das Angebot an, übe er seine Tätigkeit in persönlicher Abhängigkeit aus. Zwar habe der Beigeladene zu 2) angegeben, seine Arbeitszeit frei gestalten zu können. Dem stehe jedoch entgegen, dass er bei Annahme der Tätigkeit den Vorgaben der Klägerin unterworfen gewesen sei. Zudem habe er angegeben, sich dem Arbeitsvorrat auf der Baustelle anzupassen, wonach sich seine Arbeitszeit richte. Der Auftraggeber würde ihm mitteilen, wenn eine Baustelle fertig sei und wo sich die nächste Baustelle befinde. Auch habe er angegeben, dass auf der Baustelle alle zusammenarbeiteten. Von einer freien Gestaltung der Arbeitszeit könne daher keine Rede sein. Ein Unternehmerrisiko habe bei einem vereinbarten festen Stundenlohn nicht bestanden.

Für die Beitragsberechnung seien die auf den vorliegenden Rechnungen ausgewiesenen Rechnungsbeträge (ohne Mehrwertsteuer) herangezogen worden; für den Beigeladenen zu 1) seien Sozialversicherungsbeiträge für die Zeit vom 01.10.2014 bis 31.07.2015, für den Beigeladenen zu 2) für die Zeit vom 20.08.2014 bis 31.07.2015 nachberechnet worden.

Da die Klägerin die Beitragspflicht für möglich gehalten, aber die Nichtabführung von Sozialversicherungsbeiträgen billigend in Kauf genommen habe, sei von einem bedingten Vorsatz auszugehen, weshalb Säumniszuschläge zu erheben seien.

Insgesamt entfielen auf den Beigeladenen zu 2) Beitragsnachzahlungen in Höhe von 11.200,58 € und Säumniszuschläge in Höhe von 983,50 € und auf den Beigeladenen zu 1) Beitragsnachzahlungen in Höhe von 11.168,99 € und Säumniszuschläge in Höhe von 843,00 €. Hinsichtlich der Einzelheiten, auch in Bezug auf die Berechnung und monatsweise Zuordnung wird auf den Bescheid und dessen Anlagen Bezug genommen.

Der hiergegen eingelegte Widerspruch der Klägerin vom 15.03.2016 wurde mit Widerspruchsbescheid vom 12.09.2016 zurückgewiesen.

Hiergegen hat die Klägerin am 19.10.2016 Klage beim Sozialgericht Freiburg (SG) erhoben und zur Begründung vorgetragen, die Beigeladenen zu 1) und 2) seien selbstständig als Subunternehmer tätig gewesen. Da allenfalls leichte Fahrlässigkeit vorliege, sei jedenfalls auch die Erhebung von Säumniszuschlägen nicht gerechtfertigt.

Mit Beschluss vom 04.04.2017 hat das SG die Beigeladenen zu 1) und 2) sowie die zuständigen Sozialversicherungsträger zu dem Verfahren beigeladen.

Mit Urteil vom 19.06.2018 hat das SG die Klage abgewiesen. Die angefochtenen Bescheide seien nicht zu beanstanden. Die Beklagte habe zu Recht Sozialversicherungsbeiträge erhoben, da die Beigeladenen zu 1) und 2) im streitigen Zeitraum abhängig beschäftigt gewesen seien. Sie seien in den Betrieb eingegliedert und den Weisungen der Klägerin unterworfen gewesen. Schriftliche Verträge seien mit den Beigeladenen nicht geschlossen worden. Diese seien beschäftigt worden, um den Mangel an eigenen Angestellten zu kompensieren. Die Beigeladenen seien für die Ausführung von Trockenbauarbeiten zuständig gewesen, die von dem an die Klägerin erteilten Auftrag umfasst gewesen seien. Zwar seien keine umfassenden Weisungen und engmaschigen Kontrollen der Tätigkeit durch die Klägerin erfolgt, soweit die Beigeladenen ihre Arbeiten selbstständig erledigten, gehe dies aber nicht über das hinaus, was abhängig Beschäftigte auf ihrem jeweiligen Arbeitsgebiet typischer Weise leisteten. Auch bei abhängig Beschäftigten erfolge keine Überwachung und Kontrolle durch den Arbeitnehmer für jeden einzelnen Arbeitsschritt. Ein unternehmerisches Risiko sei ebenfalls nicht erkennbar. Die Beigeladenen hätten lediglich im Krankheitsfall keine Bezahlung erhalten. Dagegen unterhielten sie keine eigenen Betriebsräume und hatten im streitgegenständlichen Zeiträume keine eigenen Mitarbeiter. Bei den von ihnen selbst erworbenen Werkzeugen handle es sich um Kleinwerkzeug. Der Kauf dieser Gerätschaften spreche nicht für einen großen Kapitaleinsatz und ein unternehmerisches Risiko. Sämtliches Baumaterial sei dagegen zur Verfügung gestellt worden. Wie bei Angestellten sei mit den Beigeladenen im streitigen Zeitraum eine Vergütung nach Stunden vereinbart worden. Der vereinbarte Stundenlohn habe nur wenig über dem gelegen, was die Angestellten der Klägerin verdienten. Der Beigeladene zu 2), der seit 2016 bei der Klägerin angestellt sei, verdiene jetzt 17,00 € pro Stunde. Die nur unwesentlich höhere Vergütung als Unternehmer korrespondiere nicht mit dem höheren Haftungsrisiko bei Selbstständigen und den Kosten für die selbst vorzunehmende Altersvorsorge. Zudem hätten beide Beigeladenen keine Betriebshaftpflichtversicherung abgeschlossen, obwohl sie angeblich für etwaige Schäden selbst haften sollten. Für eine selbstständige Tätigkeit spreche lediglich die Gewerbeanmeldung, die zwar eine selbstständige Tätigkeit voraussetze, sie aber nicht begründe. Aufgrund des Gesamtbildes habe das SG keine Zweifel am Vorliegen des Gesamtbildes einer abhängigen Beschäftigung, mit der Konsequenz, dass Versicherungspflicht für diese in allen Zweigen der Sozialversicherung bestand. Die Beklagte habe auch zu Recht Säumniszuschläge erhoben. Unverschuldet sei die Unkenntnis nur, wenn der Arbeitgeber das ihm Mögliche getan habe, um Kenntnis zu erhalten. Die Klägerin hätte vorliegend insbesondere ein Statusfeststellungsverfahren durchführen lassen können; da sie diese Möglichkeit nicht wahrgenommen habe, liege keine unverschuldete Unkenntnis vor.

Gegen das ihr am 10.07.2018 zugestellte Urteil hat die Klägerin am 01.08.2018 Berufung eingelegt und zur Begründung vorgetragen, das SG habe die für eine selbstständige Tätigkeit sprechenden Indizien nicht ausreichend berücksichtigt. Die Beigeladenen zu 1) und 2) seien im Hinblick auf Durchführung, Zeit, Dauer und sonstige Modalitäten ihrer erbrachten Tätigkeiten insoweit frei gewesen, als nicht das Bauprojekt selbst bestimmte Vorgaben beinhaltet habe. Es habe keinerlei dokumentierte Weisungen als Ausfluss eines Direktionsrechts gegeben. Ausdrücklich nicht entgegenstehen könne, da ansonsten im Baugewerbe niemals eine Subunternehmerkette gebildet werden könnte, der Umstand, dass bestimmte Tätigkeiten und der Bauzeitenplan synchronisiert und abgestimmt werden müssten, um am Ende den Werkerfolg im Bauobjekt sicherzustellen. Hieran müsse sich selbstverständlich auch der hinzugezogene Subunternehmer halten. Würde man der Argumentation des SG folgen, müsste ein Subunternehmer von den Arbeitnehmern seines Auftraggebers abweichende Tätigkeiten erbringen, sich also nicht an die Vorgaben des Bauherrn respektive Generalunternehmers halten dürfen, um überhaupt die Chance zu erhalten, als selbstständig angesehen zu werden. Diese Auffassung sei lebensfremd. Soweit angenommen werde, die Beigeladenen hätten kein unternehmerisches Risiko getragen, sei dies ersichtlich unzutreffend. Die Höhe der Kosten bei einem Einmannbetrieb sei gerade im Baugewerbe üblicherweise niedrig. Insbesondere im Trockenbau halte sich die Anfangsinvestition im Rahmen, da bis auf einige Geräte keine weiteren hohen Beschaffungskosten aufzubringen seien. Die Beigeladenen hätten sämtliches Werkzeug selbst vorgehalten. Soweit das SG darauf abstelle, dass es sich hierbei nur um Kleinwerkzeug gehandelt habe, während das Baumaterial zur Verfügung gestellt worden sei, werde unterschlagen, dass Baumaterial nahezu immer zur Verfügung gestellt werden müsse, damit Subunternehmerketten nicht abweichend vom Ausgangsauftrag des Bauherrn oder Generalunternehmers unterschiedliche Werkstoffe einbauten. Auch werde übersehen, dass die in der Subunternehmerkette voranstehenden „größeren“ Unternehmen in der Regel bessere Einkaufsbedingungen und damit günstigere Materialbeschaffungskonditionen aufwiesen. Häufig, wie auch hier, würden die Materialien in einem Gesamtbau vom eigentlichen Auftraggeber bzw. Generalunternehmer bereitgestellt. Vollkommen zur Seite gewischt werde die Tatsache, dass natürlich ein ganz wesentliches Risiko bestehe, nämlich das Entgelt-/Vergütungsrisiko bei beispielsweise nicht ordnungsgemäß erbrachten Arbeiten. Daneben bestünden zahlreiche laufende Kostenrisiken wie fortlaufende Wartung/Anschaffung Gerät, Einsatz Kfz, Benzinkosten etc. Hierauf hätten beide Beigeladenen in ihren aktenkundigen Aussagen hingewiesen, was geflissentlich übergangen werde. Auch hätten die Beigeladenen sich auf eigene Kosten Arbeitskleidung beschafft und getragen, wohingegen nie Kleidung mit dem Firmenlogo der Klägerin getragen worden sei. Die Klägerin habe die Abrechnungen überprüft und hätte bei nicht nachvollziehbaren Stundenzahlen der Rechnung widersprochen und diese gekürzt. Bei Ausfällen oder Verhinderungen wären die Beigeladenen zudem ohne jede Vergütungsansprüche gestellt. Dieses Ausfallrisiko gelte gerade nicht nur bei Insolvenz der Klägerin, sondern bei jedem Ausfall des Subunternehmers selbst. Ein weiterer wesentlicher Unterschied in der Praxis sei, dass die Arbeitnehmer der Klägerin zum Arbeitsantritt eigenständig zum Betriebsstandort der Klägerin und von dort mit Firmenfahrzeugen und auf Firmenkosten zur jeweiligen Baustelle gefahren seien. Die Beigeladenen hingegen seien mit eigenem Fahrzeug und auf eigenes Risiko direkt zum Einsatzort gefahren. Dort seien sie für bestimmte Bauabschnitte bzw. Räume eigenverantwortlich tätig gewesen und nicht gemeinschaftlich mit anderen Arbeitnehmern. Die Beigeladenen hätten darüber hinaus auch das Risiko getragen, für eigene Schlechtarbeit und Mängel vom Auftraggeber respektive in der Durchgriffskette vom Generalunternehmer und Bauherrn in Anspruch genommen zu werden. Wie im Baugewerbe üblich, hätten sie zwar ihre Stunden abgerechnet, aber mit Einbehalten oder Rückforderungen bei Mängeln rechnen müssen. Letztlich sei den Beigeladenen damit das Risiko des wirtschaftlichen Totalverlustes immanent gewesen. Die Sachmängelhaftung habe ein erhebliches Unternehmerrisiko dargestellt. Zwar hätten die Beigeladenen keine Arbeitnehmer beschäftigt, was ihnen aber - unstreitig - freigestellt gewesen sei. Dies habe insbesondere der Beigeladene zu 1) auch betont und selbst angegeben. Dieser habe angegeben, zwei Mal an andere rumänische Subunternehmer Arbeiten vergeben zu haben. Dieser habe also nicht alle Arbeiten stets selbst ausgeführt. Dies sei insbesondere bei dem Bauvorhaben in F. so gewesen. Später sei der Beigeladene zu 1) dann wiederum für den Subunternehmer H. tätig gewesen, an den die Klägerin die Aufträge habe neu vergeben müssen. Das SG unterscheide nicht zwischen dem Begriff der Eingliederung in die betriebliche Organisation der Klägerin und der Abstimmung der Gewerke und Bauabschnitte im Rahmen eines Bauprojekts. Die tägliche Praxis im Baugewerbe werde übergangen und suggeriert, die Beigeladenen seien in die betrieblichen Abläufe des Unternehmens der Klägerin fest eingegliedert gewesen. Der Beigeladene

zu 1) habe eine entsprechende Eingliederung explizit verneint und konsequenterweise den Bauleiter als Ansprechpartner angegeben. Die Beigeladenen seien in ihrem Arbeitsablauf frei gewesen und hätten in eigener Entscheidung die Arbeiten erbringen oder organisieren können. Unstreitig stehe auch fest, dass keiner der Beigeladenen je Urlaub beantragt habe oder verpflichtet gewesen sei, sich etwaige Urlaube genehmigen zu lassen. Die Beigeladenen hätten ihre Tätigkeit selbst geplant und organisiert; ein Büro habe ihnen in den Räumlichkeiten der Klägerin nicht zur Verfügung gestanden. Zur Frage der Kontrolle habe der Beigeladene zu 1) gerade nicht auf die Klägerin, sondern auf den Bauleiter verwiesen. Zudem habe er sich in seiner Tätigkeit klar von den Mitarbeitern der Klägerin abgegrenzt („Die Arbeitnehmer machen ihre Arbeit ich meine“). Beide Beigeladenen hätten angegeben, ihre Arbeitszeiten und Pausen frei gestalten zu können. Den Beigeladenen sei es möglich gewesen, für andere Auftraggeber tätig zu sein und solche Aufträge in die Zeitplanung aufzunehmen. Der Beigeladene zu 1) habe einen weiteren Auftraggeber benannt. Auch hätten Aufträge abgelehnt werden können. Das Argument, dass die Beigeladenen mit der Klägerin keine konkrete Stundenvereinbarung getroffen und keine eigenen Angebote oder Kalkulationen unter Berücksichtigung eines Leistungsverzeichnisses erbracht hätten, sei schlichtweg falsch. Auch die Klägerin sei häufig genug ohne Leistungsverzeichnis oder gesonderte Angebote tätig. Die Beigeladenen hätten auch betont, eine jederzeitige Gestaltungsfreiheit zu haben, eine höhere Zahlung zu fordern und bei Ablehnung einen anderen Auftraggeber zu suchen. Dies sei für ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis untypisch. Die Abrechnungen seien nach Stunden erfolgt; eigene Kosten für Benzin etc. seien durch die Subunternehmer selbst zu tragen gewesen. Der Beigeladene zu 1) habe angegeben, die Aufschriebe nur für sich selbst und seine Abrechnung zu machen und sie dann wegzuerwerfen. Ein solches Verhalten wäre bei einem Arbeitnehmer und dessen Pflicht zu Rapportzetteln vollkommen undenkbar. Die Zeugenaussage des Vorarbeiters G., die einer Einbindung in die betriebliche Organisation widerspreche, sei falsch gewichtet worden. Nicht berücksichtigt worden sei, dass die Beigeladenen über viele Jahre einen eigenen Gewerbebetrieb geführt hätten. Nicht gefolgt werden könne dem SG schließlich in der Auffassung, der Klägerin sei keine „unverschuldete Unkenntnis“ zugute zu halten. Die Klägerin habe das getan, was ein verantwortlicher Unternehmer im Baugewerbe bei Auftragsengpässen tue; unter Einhaltung der rechtlichen Rahmenbedingungen Subunternehmer hinzuzuziehen, die selbst im Trockenbau tätig seien. Die Klägerin habe zu keiner Zeit die Begründung oder gar Rechtfertigung von Abwesenheiten oder Fehlzeiten verlangt, noch irgendwelche Urlaubsanträge oder sonstige Einordnungen in eigene Betriebsabläufe oder Dienstpläne. Es habe daher kein Zweifelsfall vorgelegen, der zu einer Überprüfung Anlass gegeben hätte.

Die Klägerin beantragt,

das Urteil des Sozialgerichts Freiburg vom 19. Juni 2018 sowie den Bescheid der Beklagten vom 23. Februar 2016 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 12. September 2016 aufzuheben.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Der Vortrag der Klägerin sei nicht geeignet, zu einer anderen Bewertung des Sachverhalts zu gelangen. Aus dem Gesamtvortrag ergebe sich, dass die Merkmale einer abhängigen Beschäftigung bei Weitem überwiegen würden. Der Vorarbeiter der Klägerin habe bei seiner Vernehmung durch das Hauptzollamt angegeben, dass der Beigeladene zu 1) „selbstständig“ arbeite wie alle anderen Arbeitnehmer der Klägerin. Man müsse normalerweise keine genauen Anweisungen geben, da jeder wisse, was er zu tun habe. Wenn es notwendig sei, gebe er den Leuten, auch dem Beigeladenen zu 1), Anweisungen. Unter Berücksichtigung der Aussagen der Beigeladenen gegenüber dem Hauptzollamt habe es sich bei ihnen eindeutig nicht um selbstständige Unternehmer gehandelt, die mit der Erstellung eines bestimmten Werks beauftragt worden seien. Ein solcher Auftrag gehe im Übrigen üblicherweise mit einer Leistungsbeschreibung und einem Leistungsverzeichnis einher. Hier habe es überhaupt keine schriftlichen Vereinbarungen gegeben. Die Klägerin habe lediglich die Arbeitskraft der Beigeladenen benötigt, da die Arbeitsmenge mit den abhängig beschäftigten Arbeitnehmern nicht bewältigt werden konnte. Permanente Überwachung oder Einzelanweisungen seien auch in einem Arbeitsverhältnis bei erfahrenen Arbeitnehmern weder üblich noch erforderlich. Deutlich werde aus den Aussagen jedoch, dass die Klägerin sehr wohl von ihrem Weisungsrecht Gebrauch gemacht habe, wenn sie es für nötig gehalten habe. Es habe sich auch nicht um ein durch die Beigeladenen zu erstellendes Werk gehandelt, das nach Vollendung abgenommen worden sei. Mängelansprüche hätte die Klägerin mangels Leistungsbeschreibung bzw. aufgrund des Fehlens jeglicher schriftlicher Vereinbarung überhaupt nicht durchsetzen können. Das gesamte Auftreten habe nicht Unternehmern, sondern lediglich abhängig Beschäftigten, die über eine Arbeitsgelegenheit froh gewesen seien, entsprochen. Die Beigeladenen hätten über keine eigenen Geschäftsräume verfügt. Lediglich ein schwaches Indiz für eine selbstständige Tätigkeit sei, dass den Beigeladenen gewisse Freiheiten bei der Gestaltung der Arbeitszeit eingeräumt gewesen seien. Ein Unternehmerrisiko habe nicht bestanden. Gerade im handwerklichen Bereich sei es üblich, dass Arbeitnehmer über eigenes Werkzeug verfügten. Dass sie die Baustelle, die in unmittelbarer Umgebung ihres Wohnortes lag, selbst anfahren mussten, sei auch bei Arbeitnehmern nicht unüblich. Die vereinzelt Weitergabe von „Aufträgen“ durch den Beigeladenen zu 1) sei nicht prägend für die Tätigkeit gewesen. Es sei auch nicht ausschlaggebend, dass einzelne Aufträge hätten abgelehnt werden können, da maßgeblich auf die Verhältnisse nach Annahme des einzelnen Auftragsangebots abzustellen sei.

Die Beigeladenen haben auch im Berufungsverfahren keine Anträge gestellt.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sachverhalts und des Vorbringens der Beteiligten wird auf den Inhalt der beigezogenen Verwaltungsakte der Beklagten und der Gerichtsakten beider Instanzen Bezug genommen.

Entscheidungsgründe

Die Berufung der Klägerin ist nach [§§ 143, 144, 151](#) Sozialgerichtsgesetz (SGG) statthaft und auch sonst zulässig. Berufungsausschlussgründe gemäß [§ 144 SGG](#) liegen nicht vor.

Die Berufung ist jedoch unbegründet. Das SG hat die zulässige isolierte Anfechtungsklage ([§ 54 Abs. 1 Satz 1](#) 1. Alt. SGG) zu Recht abgewiesen. Der streitgegenständliche Bescheid vom 23.02.2016 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 12.09.2016 ist rechtmäßig und verletzt die Klägerin nicht in ihren Rechten. Die Beklagte hat zu Recht von der Klägerin Beiträge in Höhe von 22.369,57 € und Säumniszuschläge in Höhe von 1.826,50 € gefordert. Die Beigeladenen zu 1) und 2) übten ihre Tätigkeit bei der Klägerin im Zeitraum 20.08.2014 bis 31.07.2015 im Rahmen eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses aus und unterlagen der Versicherungspflicht in den

einzelnen Zweigen der Sozialversicherung und nach dem Recht der Arbeitslosenversicherung.

Rechtsgrundlage für den streitgegenständlichen Bescheid ist [§ 28p Abs. 1 Satz 1 und Satz 5](#) Viertes Buch Sozialgesetzbuch (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. Die Träger der Rentenversicherung erlassen nach Satz 5 dieser Vorschrift im Rahmen der Prüfung Verwaltungsakte (verkörpert im sog. Prüfbescheid, Bundessozialgericht [BSG], Urteil vom 16.12.2015 - [B 12 R 11/14 R](#) -, Juris) 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](#) Zehntes Buch Sozialgesetzbuch (SGB X) nicht. Mit dem letzten Halbsatz ist klargestellt, dass die Zuständigkeit der Träger der Rentenversicherung von den eigentlich nach [§ 28h Abs. 2 Satz 1 SGB IV](#) für solche Feststellungen zuständigen Einzugsstellen besteht.

Die Beklagte war als Rentenversicherungsträgerin auch zur Überwachung des Umlageverfahrens (sog. U1- und U2-Umlage) nach dem Gesetz über den Ausgleich der Arbeitgeberaufwendungen für Entgeltfortzahlung (Aufwendungsausgleichsgesetz - AAG -) und zum Erlass eines entsprechenden Umlagebescheids befugt. Denn [§ 10 AAG](#) stellt die Beiträge zum Ausgleichsverfahren insoweit den Beiträgen zur GKV gleich, die ihrerseits Teil des Gesamtsozialversicherungsbeitrags ([§ 28d S 1 SGB IV](#)) sind, der von der Beklagten im Rahmen einer Betriebsprüfung ([§ 28p Abs. 1 Satz 1 SGB IV](#)) geltend zu machen ist (vgl. zum Ganzen BSG, Urteil vom 26.09.2017 - [B 1 KR 31/16 R](#) -, Juris). Gleiches gilt seit dem 01.01.2009 in Bezug auf die Insolvenzgeldumlage. Nach [§ 359 Abs. 1 Satz 1](#) Drittes Buch Sozialgesetzbuch (SGB III) ist die Umlage zusammen mit dem Gesamtsozialversicherungsbeitrag an die Einzugsstelle zu zahlen. Nach Satz 2 finden die für den Gesamtsozialversicherungsbeitrag geltenden Vorschriften des SGB IV entsprechende Anwendung und damit wiederum [§ 28p Abs. 1 Satz 1 SGB IV](#) mit seiner die Zuständigkeit der Träger der gesetzlichen Rentenversicherung begründenden Wirkung.

Die angefochtenen Bescheide sind formell rechtmäßig, insbesondere hinreichend bestimmt im Sinne des [§ 33 Abs. 1 SGB X](#). Den für sozialversicherungsrechtliche Statusentscheidungen notwendigen Angaben einer bestimmbaren Arbeit und der gerade hiermit in Zusammenhang stehenden Entgeltlichkeit (vgl. näher BSG, Urteile vom 11.03.2009 - [B 12 R 11/07 R](#) - und vom 04.06.2009 - [B 12 R 6/08 R](#) -, Juris) ist die Beklagte gerecht geworden. Zudem handelt es sich nicht um die isolierte Feststellung des Vorliegens einer abhängigen Beschäftigung (sog. unzulässige Elementenfeststellung, vgl. BSG, Urteil vom 11.03.2009 - [B 12 R 11/07 R](#) -, Juris). Die Klägerin ist vor Erlass des streitgegenständlichen Bescheides auch ordnungsgemäß angehört worden.

Die Beklagte durfte ihrer Beurteilung auch das Ergebnis der vom Hauptzollamt durchgeführten Prüfungen zu Grunde legen, auf dieser Grundlage die Prüfung nach [§ 28p SGB IV](#) durchführen und durch Verwaltungsakt abschließen (vgl. hierzu ausführlich Sächsisches LSG, Beschluss vom 12.02.2018 - [L 9 KR 496/17 B ER](#) -, LSG Baden-Württemberg, Urteil vom 29.06.2017 - [L 10 R 592/17](#) -, jeweils Juris). Die Prüfungen des Hauptzollamts beruhen auf [§ 2 Abs. 1 Satz 1](#) des Gesetzes zur Bekämpfung der Schwarzarbeit und illegalen Beschäftigung (Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetz [SchwarzArbG], [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 sowie (Nr. 4a) Ausländer nicht entgegen [§ 284 Abs. 1 SGB III](#) oder [§ 4 Abs. 3 Satz 1](#) und 2 Aufenthaltsgesetz und nicht zu ungünstigeren Arbeitsbedingungen als vergleichbare deutsche Arbeitnehmer oder Arbeitnehmerinnen beschäftigt werden oder wurden ([§ 2 SchwarzArbG](#)). Nach [§ 2 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 SchwarzArbG](#) (in der bis zum 17.07.2019 geltenden Fassung <a.F.> und [§ 2 Abs. 4 Satz 1 Nr. 5 SchwarzArbG](#) in der ab dem 18.07.2019 geltenden Fassung <n.F.>) werden die Behörden der Zollverwaltung bei den Prüfungen nach Abs. 1 von den Trägern der Rentenversicherung unterstützt. Nach [§ 2 Abs. 2 Satz 3 SchwarzArbG](#) können die Prüfungen mit anderen Prüfungen der Träger der Rentenversicherung („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 SchwarzArbG](#) 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 SchwarzArbG](#) beinhaltet.

Betriebsprüfungen durch den Rentenversicherungsträger haben nach der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts (BSG) nur eine Kontrollfunktion. Sie sollen einerseits Beitragsausfälle verhindern, andererseits die Sozialversicherungsträger davor bewahren, dass aus der Annahme von Beiträgen für nicht versicherungspflichtige Personen Leistungsansprüche entstehen. Die Entscheidung stellt sich vor diesem Hintergrund als kombinierte - positive oder negative - Feststellung von Versicherungspflicht und Beitragsnachentrichtung oder Beanstandung dar. Die Besonderheit eines Bescheids nach [§ 28p Abs. 1 Satz 5 SGB IV](#) liegt insoweit darin, dass über das Bestehen von Versicherungspflicht und die daraus resultierende Beitragsnachforderung gemeinsam zu entscheiden ist. Dies unterscheidet das Nachprüfungsverfahren hinsichtlich der Feststellung der Versicherungspflicht vom Statusfeststellungsverfahren nach [§ 7a Abs. 1 Satz 1 SGB IV](#) (BSG, Urteil vom 14.09.2004 - [B 12 KR 1/04](#) -, Juris). Die hier streitigen Beiträge werden als Gesamtsozialversicherungsbeiträge vom Arbeitgeber gezahlt ([§ 28g Satz 1](#) und 2, 28e Abs. 1 Satz 1 SGB IV).

Die Bescheide sind auch inhaltlich nicht zu beanstanden.

Ob eine Beschäftigung der rumänischen Staatsangehörigen vorlag, richtet sich ausschließlich nach deutschem Recht. Gemäß [§ 3 Nr. 1 SGB IV](#) gelten die Vorschriften über die Versicherungspflicht und die Versicherungsberechtigung, soweit sie eine Beschäftigung oder eine selbstständige Tätigkeit voraussetzen, für alle Personen, die im Geltungsbereich dieses Gesetzbooks beschäftigt oder selbstständig tätig sind. Sie gelten gemäß [§ 5 Abs. 1](#), 2 SGB IV nicht für Personen, die im Rahmen eines außerhalb des Geltungsbereichs dieses Gesetzbooks bestehenden Beschäftigungsverhältnisses oder einer selbstständigen Tätigkeit in diesen Geltungsbereich entsandt werden, wenn die Entsendung infolge der Eigenart der Beschäftigung (oder selbstständigen Tätigkeit) oder vertraglich im Voraus zeitlich begrenzt ist. Darüber hinaus bleiben gemäß [§ 6 SGB IV](#) Regelungen des über- und zwischenstaatlichen Rechts unberührt. Nichts anderes folgt bis zum 30.04.2010 aus Art. 13 Abs. 2 lit. a, b der VO (EWG) 1408/71 und ab dem 01.05.2010 aus Art. 11 Abs. 1, 3 lit. a der VO (EG) 883/04. Nach Art. 11 Abs. 3 Buchst. a) der Verordnung (EG) Nr. 883/04 unterliegt eine Person, die in einem Mitgliedstaat eine Beschäftigung oder selbstständige Erwerbstätigkeit ausübt, den Vorschriften dieses Mitgliedsstaates. Eine der in Art. 14 bis 17 der VO (EWG) 1408/71 bzw. Art. 12 bis 16 der VO (EG) 883/04 geregelten Ausnahmen ist nicht ersichtlich oder vorgetragen.

Nach [§ 2 Abs. 2 Nr. 1 SGB IV](#) sind in den einzelnen Zweigen der Sozialversicherung nach Maßgabe der besonderen Vorschriften für die einzelnen Versicherungsweige 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 SGB III](#), für die gesetzliche Rentenversicherung in [§ 1 Satz 1 Nr. 1](#) Sechstes Buch Sozialgesetzbuch (SGB VI), für die Krankenversicherung in [§ 5 Abs. 1 Nr. 1](#) Fünftes Buch Sozialgesetzbuch (SGB V) sowie in [§ 20 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1](#) Elftes Buch Sozialgesetzbuch (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](#)). Dies gilt auch in Bezug auf die Umlagen ([§ 7 Abs. 2 Satz 1 AAG](#) bzw. [§ 358 Abs. 2 Satz 1 SGB III](#)). Arbeitsentgelt sind 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.

[§ 7 Abs. 1 Satz 1 SGB IV](#) definiert den Begriff der Beschäftigung als nichtselbstständige 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 (hierzu und zum Nachfolgenden u.a. Urteil vom 11.11.2015 - [B 12 R 2/14 R](#) -, Juris; zur Verfassungsmäßigkeit der Abgrenzung zwischen Beschäftigung und selbstständiger Tätigkeit vgl. BVerfG, Beschluss vom 20.05.1996 - [1 BvR 21/96](#) -, Juris) 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.

Unter Abwägung aller rechtlichen und tatsächlichen Umstände gelangt der Senat in Übereinstimmung mit der Beklagten und dem Sozialgericht zu dem Ergebnis, dass der Beigeladene zu 2) in der Zeit vom 20.08.2014 bis 31.07.2015 und der Beigeladene zu 1) in der Zeit vom 27.10.2014 bis 31.07.2015 bei der Klägerin beschäftigt war.

Zwischen den Beigeladenen zu 1) und 2) gab es weder hinsichtlich der Art der ausgeübten Tätigkeit noch hinsichtlich der mit der Klägerin (mündlich) getroffenen vertraglichen Vereinbarung nennenswerte Unterschiede, so dass deren sozialversicherungsrechtlicher Status identisch zu beurteilen war.

Zwar ergibt sich aus den Vernehmungsprotokollen des Hauptzollamts und auch aus den Angaben des Geschäftsführers der Klägerin im Rahmen der Anhörung, dass zwischen den Beigeladenen zu 1) und 2) und der Klägerin jeweils mündlich eine selbstständige Tätigkeit vereinbart werden sollte. Die Beigeladenen zu 1) und 2) wollten im Rahmen ihres – zumindest im überwiegenden Zeitraum – jeweils angemeldeten Gewerbes für die Klägerin tätig werden, und die Klägerin selbst wollte die Beigeladenen als Subunternehmer einsetzen, also kein abhängiges Beschäftigungsverhältnis begründen. Dies genügt für die Annahme der Vereinbarung einer selbstständigen Tätigkeit nicht. Es liegen hier tatsächliche Umstände vor, die dieser Wertung der Parteien des jeweiligen (mündlichen) Vertrages widersprechen und zu einer anderen Beurteilung führen. Es ist nicht feststellbar, dass die Beteiligten tatsächlich eine selbstständige Tätigkeit der Beigeladenen zu 1) und 2) vereinbarten. Ein schriftlicher Vertrag lag der Tätigkeit nicht zugrunde. Es lag lediglich eine mündliche Abrede zugrunde, wonach die Beigeladenen zu 1) und 2) auf den Baustellen der Klägerin zu einem Stundenlohn von 15,00 € arbeiten sollten. Weitere konkrete mündliche Abreden der Vertragsparteien sind nicht feststellbar. Die ihrem Verhältnis zugrundeliegenden weiteren Bedingungen ergeben sich durch die festgestellte tatsächliche Gestaltung der Verhältnisse. Eine vereinbarte Selbstständigkeit der Beigeladenen zu 1) und 2) ist hieraus nicht abzuleiten.

Dem übereinstimmenden Willen der Beteiligten, kein sozialversicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis zu wollen, käme ohnehin keine allein maßgebliche Bedeutung zu. Einem solchen Willen kommt lediglich dann indizielle Bedeutung zu, wenn dieser dem festgestellten sonstigen tatsächlichen Verhältnis nicht offensichtlich widerspricht und er durch weitere Aspekte gestützt wird (BSG, Urteil vom 18.11.2015 - [B 12 RK 16/13 R](#) -, Juris). Nur im Zweifel, wenn ebenso viele Gründe für die Selbstständigkeit wie für eine abhängige Beschäftigung sprechen, ist dem im Vertrag zum Ausdruck gekommenen Willen der Vorrang zu geben (BSG, Urteil vom 13.07.1978 - [12 RK 14/78](#) -, Juris). Dies ist vorliegend gerade nicht der Fall, vielmehr überwiegen die für eine abhängige Beschäftigung sprechenden Umstände. Der alleinige Wille der Klägerin, keinen sozialversicherungspflichtigen Auftragnehmer zu beauftragen, ist ohne rechtliche Relevanz.

Die bereits im Tatbestand getroffenen Feststellungen zu den tatsächlichen Umständen der Tätigkeit der Beigeladenen zu 1) und 2) stehen zur Überzeugung des Senats auf Grund der Angaben der Beigeladenen zu 1) und 2) in ihren Vernehmungen durch das Hauptzollamt fest. Zweifel am Wahrheitsgehalt dieser Angaben hat der Senat nicht. Auch die Klägerin hat die Richtigkeit dieser Angaben nicht in Zweifel gezogen.

Unter Zugrundelegung dieser Tatsachen und der Ausgestaltung der konkret ausgeübten Tätigkeit steht für den Senat fest, dass der Beigeladene zu 1) im streitigen Zeitraum vom 27.10.2014 bis 31.07.2015 und der Beigeladene zu 2) vom 20.08.2014 bis 31.07.2015 bei der Klägerin abhängig beschäftigt waren.

Unbestritten und anhand der vorliegenden Rechnungen (Bl. 51, 52 der Verwaltungsakten) nachvollziehbar, sollte nach der Abmeldung des Gewerbes durch den Beigeladenen zu 1) zum 30.04.2015 für die Zeit vom 01.05.2015 bis 31.07.2015 der Beigeladene zu 1) für die Firma H. Bautenschutz tätig werden, die wiederum durch die Klägerin als Subunternehmerin beauftragt worden war; die durch den Beigeladenen zu 1) geleisteten Stunden wurden dann der Klägerin in Rechnung gestellt; Herr H. hat 10-15 % des Rechnungsbetrags einbehalten und den Rest an den Beigeladenen zu 1) ausgezahlt. Allerdings wurden nur im Mai und Juli die Beträge über Herrn H. ausgezahlt, im Juni direkt an den Beigeladenen zu 1). An der konkreten Ausgestaltung der Tätigkeit, insbesondere der Eingliederung in die Arbeitsabläufe der Klägerin, hat sich aber in diesem Zeitraum keinerlei Änderung ergeben. Der Senat ist daher zu der Überzeugung gelangt, dass auch in diesen drei Monaten zwischen der Klägerin und dem Beigeladenen zu 1) ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis bestand.

Es kommt für die Beurteilung nicht entscheidend darauf an, ob die Beigeladenen zu 1) und 2) berechtigt waren, Aufträge auch abzulehnen,

denn die Möglichkeit, Aufträge anzunehmen oder abzulehnen, kann zwar als Indiz für das Vorliegen einer selbständigen Tätigkeit angesehen werden, weil die Beigeladenen zu 1) und 2) damit über den Umfang ihrer Tätigkeit selbst bestimmten. 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 (LSG Baden-Württemberg, Urteil vom 18.07.2013 - [L 11 R 1083/12](#) -, Juris). 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 in der Regel nicht um eine Arbeit auf Abruf im Sinne des § 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 Bundesarbeitsgerichts (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, Urteil vom 16.05.2012 - [5 AZR 268/11](#) -, Juris). Derartige Einzelarbeitsverträge können auch in Kombination mit einem Rahmenvertrag vereinbart werden (vgl. LSG Baden-Württemberg, Urteil vom 24.01.2017 - [L 11 KR 1554/16](#) -, Juris). Dem Umstand, dass die Beigeladenen Aufträge hätten ablehnen können, kommt damit, unabhängig davon, dass der Beigeladene zu 1) bei seiner Vernehmung durch das Hauptzollamt angegeben hatte, er habe Aufträge „eigentlich“ nicht ablehnen können, auch hier keine entscheidende Bedeutung zu. Anknüpfungstatbestand für eine mögliche die Versicherungspflicht begründende Beschäftigung ist das einzelne angenommene Auftragsverhältnis (vgl. Sächsisches LSG, Urteil vom 22.04.2016 - [L 1 KR 228/11](#) -, Juris mit Verweis auf BSG, Urteil vom 04.06.1998 - [B 12 KR 5/97](#)-, Juris). Daher stellte sich für die Beigeladenen die Situation vor Annahme eines Auftrags letztlich nicht anders dar als für einen Arbeitssuchenden, dem es ebenfalls freisteht, eine ihm angebotene (gegebenenfalls befristete Teilzeit-) Arbeitsgelegenheit anzunehmen oder nicht (BSG, Urteil vom 18.11.2015 - [B 12 KR 16/13 R](#) -, Juris).

Dass der Beigeladene zu 1) im streitigen Zeitraum auch einen weiteren Auftraggeber hatte, fällt zum einen nicht maßgeblich ins Gewicht, zum anderen kommt es, wie die Beklagte zutreffend dargelegt hat, allein auf das Vertragsverhältnis zwischen der Klägerin und dem Beigeladenen an. Ob daneben noch eine weitere, ggf. auch selbstständige Tätigkeit ausgeübt wurde, ist nicht relevant. Auch ein abhängig Beschäftigter kann für mehrere Auftraggeber (abhängig) beschäftigt sein. Nach Maßgabe des allgemeinen Gebots der isolierten sozialversicherungsrechtlichen Betrachtung der im Einzelfall ausgeübten Tätigkeiten (BSG, Urteil vom 04.11.2009 - [B 12 R 7/08 R](#) -, Juris) ist jede Tätigkeit gesondert zu beurteilen (LSG Baden-Württemberg, Urteil vom 27.07.2016 - [L 5 R 1899/14](#) -; Sächsisches LSG, Beschluss vom 12.02.2018 - [L 9 KR 496/17 B ER](#) -, jeweils Juris). Der Beigeladene zu 2) hatte im streitigen Zeitraum keine anderen Auftraggeber. Jedenfalls kann der Gesichtspunkt mehrerer Auftraggeber allenfalls als Indiz für eine selbstständige Tätigkeit gewertet werden (BSG, Urteil vom 18.11.2015 - [B 12 KR 16/13 R](#) -; LSG Nordrhein-Westfalen, Urteil vom 14.11.2018 - [L 8 R 702/16](#) -, Juris), dem hier angesichts der Eingliederung auf der Baustelle und des geringen Unternehmerrisikos keine tragende Bedeutung zukommt.

Die Beigeladenen zu 1) und 2) waren in den Betrieb der Klägerin eingegliedert. Beide Beigeladene haben unstreitig für die Klägerin Trockenbauarbeiten durchgeführt; dies beinhaltete das Anbringen von Rauputz, das Verlegen von Rigipsplatten und Schienen, Trockenbau- und Gipsarbeiten. Bei der Durchführung dieser Tätigkeiten waren sie in einen fremden Betrieb, nämlich den der Klägerin, eingegliedert. Der Beigeladene zu 2) hat im Rahmen der Vernehmung durch das Hauptzollamt insoweit ausgeführt, dass auf der Baustelle mehrere Arbeiter dieselbe Tätigkeit ausgeübt haben und nicht zu unterscheiden war, ob es sich um Angestellte oder Subunternehmer handelte. Es gab keinen Unterschied, da auf der Baustelle alle zusammengearbeitet haben; alle führten die „gleichen Arbeiten“ aus. Eine Unterscheidung zwischen Angestellten und Subunternehmern war nicht möglich, was für eine Eingliederung spricht. Die Beigeladenen zu 1) und 2) waren in die Abläufe der Klägerin eingegliedert; ihnen war kein gesonderter Bereich oder eine abgrenzbare Aufgabe zugewiesen, sie waren vielmehr – wie die festangestellten Mitarbeiter der Klägerin – in den Gesamtauftrag eingebunden und haben ebenfalls Gipsarbeiten und Arbeiten im Trockenbau ausgeführt. Eine Unterscheidung zwischen den festangestellten Mitarbeitern und den Beigeladenen zu 1) und 2) war nicht möglich. Soweit die Klägerin vorträgt, sie habe nicht selbst Weisungen erteilt, diese seien vielmehr durch den Bauleiter erteilt worden, führt dies zu keiner anderen Beurteilung. Der bei der Klägerin beschäftigte Vorarbeiter G. gab an, selbst für das – hier im wesentlichen relevante – Projekt in F. Ansprechpartner gewesen zu sein und im Zweifelsfall auch Einzelanweisungen erteilt zu haben. Dass die Klägerin den Beigeladenen zu 1) und 2) in der Regel keine Einzelanweisungen hinsichtlich der konkreten Arbeitsausführung gab, liegt in der Natur der Sache und dem Umstand begründet, dass diese gelernte Trockenbauer waren und keine Einzelanweisungen für die Tätigkeit benötigt haben, und spielt für die Abwägung, ob eine selbstständige oder abhängige Beschäftigung vorliegt, keine wesentliche Rolle. Wie der Beigeladene zu 2) im Rahmen der Vernehmung treffend dargelegt hat, ist er als gelernter Trockenbauer Fachmann und führte den Auftrag so aus, wie er es gelernt hatte; Einzelanweisungen bedurfte es daher nicht. Es genügte vielmehr, dass, wie der Beigeladene zu 2) ausgeführt hat, ihm gesagt wurde, was er zu tun hat, nicht wie. Dies gilt auch für den Beigeladenen zu 1), der den Beruf zwar nicht erlernt, sich die notwendigen Fertigkeiten aber durch langjähriges Arbeiten in Rumänien selbst beigebracht hatte. Die Angaben des Vorarbeiters G., wonach die Arbeiter zusammengearbeitet haben und keine Einzelanweisungen notwendig waren, da jeder wusste, was zu tun war, deckt sich mit den Aussagen der Beigeladenen zu 1) und 2) und ist auch für den Senat überzeugend und nachvollziehbar. Die Weisungen wurden nicht konkret, sondern bei der Einführung in die Baustelle erteilt. So hat der Beigeladene zu 1) bei der Vernehmung durch das Hauptzollamt ausgeführt, Weisungen seien ihm entweder persönlich mitgeteilt worden oder es wurde ihm ein Plan vorgelegt, wie er die Arbeiten auszuführen habe. Die Eingliederung in den Betrieb wird auch dadurch unterstrichen, dass sämtliche für die Ausführung der Arbeit benötigten Materialien von der Klägerin zur Verfügung gestellt wurden.

Dem Argument der Klägerin, wonach die fehlenden vorgegebenen Arbeitszeiten (Arbeitsbeginn, Endzeit) für eine selbstständige Tätigkeit sprächen, kommt im vorliegenden Fall ebenfalls kein ausschlaggebendes Gewicht zu. Zwar deutet eine im Wesentlichen frei gestaltete Tätigkeit und Arbeitszeit auf Selbstständigkeit hin. Dies ist jedoch nur der Fall, wenn diese Freiheit tatsächlich Ausdruck eines fehlenden Weisungsrechts und nicht nur Folge der Übertragung größerer Eigenverantwortung bei der Aufgabenerledigung auf den einzelnen Arbeitnehmer bei ansonsten fortbestehender funktionsgerecht dienender Teilhabe am Arbeitsprozess ist (BSG, Urteil vom 18.11.2015 - [B 12 KR 16/13 R](#) -, Juris). Dabei kommt auch einer großen Gestaltungsfreiheit bzgl. der Arbeitszeit nur dann erhebliches Gewicht zu, wenn sich deren Grenzen nicht einseitig an den durch die Bedürfnisse des Auftraggebers bzw. Arbeitgebers vorgegebenen Rahmen orientieren (BSG, Urteil vom 18.11.2015 [a.a.O.](#)). Vorliegend hat der Beigeladene zu 2) in seiner Vernehmung dargelegt, dass durch die Klägerin keine konkrete Arbeitszeit vorgegeben gewesen sei, er seine Arbeitszeiten vielmehr nach Bedarf gestaltet habe, ohne an feste Zeiten gebunden gewesen zu sein. Bei der konkreten Schilderung der Tätigkeit führte er dann allerdings aus, er habe jeden Tag um 7:00 Uhr oder 7:30 Uhr mit der Arbeit auf der Baustelle begonnen und dann so lange gearbeitet, wie es Arbeit gegeben habe. Er habe sich dem „Arbeitsvorrat“ auf der Baustelle angepasst. Wenn eine Baustelle fertig sei, sei ihm durch den Geschäftsführer der Klägerin mitgeteilt worden, wo sich die

nächste Baustelle befinde und was er dort alles zu erledigen habe. Hieraus ergibt sich, dass von den Beigeladenen zu 1) und 2) erwartet wurde, mit ihrer Aufgabe zu einem bestimmten Zeitpunkt fertig zu sein. Der Freiheit bezüglich ihrer Arbeitszeit waren somit enge Grenzen gesetzt - der Rahmen, wann die Arbeit fertig zu sein hatte, wurde einseitig von der Klägerin vorgegeben. In diesem engen Rahmen wurde dem Beigeladenen zu 1) Eigenverantwortung bezüglich des Zeitpunkts ihrer Aufgabenerledigung übertragen - ein Ausdruck eines fehlenden Weisungsrechts liegt darin nicht.

Nicht von Bedeutung ist vorliegend auch, dass die Beigeladenen - theoretisch - Hilfskräfte hätten einsetzen können. Grundsätzlich ist für das Vorliegen von Beschäftigung typisch, dass die Tätigkeit in der Regel in eigener Person erbracht wird, denn Arbeitnehmer haben ihre Arbeitsleistung in der Regel höchstpersönlich zu erbringen und dürfen sich hierbei nicht Dritter als Erfüllungsgehilfen bedienen (vgl. BSG 31.03.2015 - [B 12 KR 17/13 R](#) - Juris). Allerdings führt das bloße Bestehen der Möglichkeit der Einschaltung Dritter in die Leistungserbringung nicht automatisch zur Annahme (unternehmerischer) Selbstständigkeit im Rechtssinne. Sie stellt vielmehr nur eines von mehreren im Rahmen der Gesamtwürdigung zu berücksichtigenden Anzeichen dar, das gegen die Annahme eines Arbeitsverhältnisses spricht (vgl. BSG 11.03.2009 - [B 12 KR 21/07 R](#) - Juris). Entscheidend ist insoweit, ob Art und Umfang der Einschaltung Dritter die Beurteilung rechtfertigen, dass die Delegation der geschuldeten Leistung auf Dritte im Einzelfall als prägend für eine selbstständige Tätigkeit angesehen werden kann (vgl. BSG 18.11.2015, [B 12 KR 16/13 R](#), [BSGE 120, 99](#) = SozR 4-2400 § 7 Nr. 25). Bei dem Beigeladenen zu 2) kam diese Berechtigung vorliegend nicht zum Tragen, daher ist sie kein Indiz für eine selbstständige Tätigkeit (Segebrecht in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB IV, 3. Aufl. 2016, [§ 7 Abs. 1 SGB IV](#), Rdnr. 94 m.w.N.). Der Beigeladene zu 1) hat lediglich zweimal für Tätigkeiten, die für ihn zu viel und zu schwer waren, einen Subunternehmer eingesetzt, was zwar als Indiz für eine selbstständige Tätigkeit gewertet werden kann, aufgrund des geringen Umfangs des Einsatzes eines „Subunternehmers“ bei der Gesamtabwägung aber auch nicht maßgeblich ins Gewicht fällt.

Insgesamt lassen sich nur wenige, für eine Selbstständigkeit sprechenden Umstände ausmachen.

Das von den Beigeladenen zu 1) und 2) zu tragende unternehmerische Risiko war gering. Maßgebendes Kriterium für ein solches Risiko ist nach den vom BSG entwickelten Grundsätzen (vgl. etwa BSG, Urteile vom 04.06.1998 - [B 12 KR 5/97 R](#) -; vom 25.01.2001 - [B 12 KR 17/00 R](#) -, vom 28.05.2008 - [B 12 KR 13/07 R](#) - und vom 28.09.2011 - [B 12 R 17/09 R](#) -, jeweils Juris), ob eigenes Kapital oder die eigene Arbeitskraft auch mit der Gefahr des Verlustes eingesetzt wird, der Erfolg des Einsatzes der sächlichen oder persönlichen Mittel also ungewiss ist. Allerdings ist ein unternehmerisches Risiko nur dann Hinweis auf eine selbstständige Tätigkeit, wenn diesem Risiko auch größere Freiheiten in der Gestaltung und der Bestimmung des Umfangs beim Einsatz der eigenen Arbeitskraft (vgl. schon BSG, Urteile vom 13.07.1978 - [12 RK 14/78](#) -; vom 28.05.2008 - [B 12 KR 13/07 R](#) - und vom 28.09.2011 - [B 12 R 17/09 R](#) -, Juris) oder größere Verdienstchancen gegenüberstehen (BSG, Urteile vom 25.01.2001 - [B 12 KR 17/00 R](#) - und vom 31.03.2015 - [B 12 KR 17/13 R](#) -, Juris). Aus dem (allgemeinen) Risiko, außerhalb der Erledigung einzelner Aufträge zeitweise die eigene Arbeitskraft gegebenenfalls nicht verwerten zu können, folgt hingegen kein Unternehmerrisiko bezüglich der einzelnen tatsächlich erbrachten Einsätze (BSG, Urteil vom 28.09.2011 - [B 12 R 17/09 R](#) -, Juris).

Vorliegend war zwischen der Klägerin und den Beigeladenen kein Pauschalpreis vereinbart, so dass die Beigeladenen nicht das Risiko hatten, für die vereinbarten Tätigkeiten länger zu brauchen als vorab kalkuliert bzw. bei Nichtfertigstellung der vereinbarten Leistungen nicht bezahlt zu werden. Durch den vereinbarten Stundenlohn war vielmehr sichergestellt, dass für die geleisteten Arbeitsstunden und unabhängig vom Erfolg der Leistung auch eine Entlohnung erfolgte. Der Beigeladene Ziff. 2 hat in seiner Vernehmung durch das Hauptzollamt dementsprechend angegeben, am Anfang Angebote geschrieben und Aufträge selbst kalkuliert zu haben, was aber zu seinem Nachteil gewesen sei, da er mehr Unkosten gehabt habe als er verdient habe. Deswegen habe er dann in Stunden abgerechnet. Dies spiegelt gerade wider, dass ein unternehmerisches Risiko aufgrund der Abrechnung nach Stunden nicht mehr bestand. Soweit die Klägerin vorträgt, der Umstand, dass die Beigeladenen zu 1) und 2) die Stundenaufschriebe weggeworfen hätten, spreche gerade für eine Selbstständigkeit, ist dies für den Senat nicht nachvollziehbar; es spricht dafür, dass die Klägerin auf die Richtigkeit der Angaben der Beigeladenen hinsichtlich der erbrachten Stunden vertraut hat, was weder für noch gegen ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis spricht. Ein echtes Unternehmerrisiko hätte vorliegend bestanden, wenn bei Arbeitsmangel oder Arbeitsausfall nicht nur kein Einkommen oder Entgelt aus Arbeit erzielt worden wäre, sondern zusätzlich auch Kosten für betriebliche Investitionen und/oder Arbeitnehmer anfallen oder früher getätigte Investitionen brachliegen (vgl. Sächsisches LSG, Urteil vom 22.04.2016 - [L 1 KR 228/11](#) -, Juris m.w.N. und Beschluss vom 12.02.2018 - [L 9 KR 496/17 B ER](#) -, Juris). Hier verfügten die Beigeladenen zu 1) und 2) nur über Kleinwerkzeug, wie Akkubohrer, Kelle und Messer. Die Benutzung eigenen Kleinwerkzeuges ist kein Indiz für eine selbstständige Tätigkeit, da es einer im Baugewerbe geübten und allgemein bekannten Praxis entspricht, dass Arbeitnehmer mit ihrem eigenen persönlichen Kleinwerkzeug arbeiten (BSG, Urteil vom 30.01.2007 - [B 2 U 6/06 R](#) -, LSG Baden-Württemberg, Urteil vom 29.06.2017, [a.a.O.](#), Juris). Beide Beigeladenen hatten kein Arbeitszimmer und auch keine sonstigen Betriebsräume, keine Mitarbeiter und auch sonst keine mit ihrer Tätigkeit verbundenen Ausgaben, insbesondere beschafften sie nicht selbst das für die Baustelle und seine Tätigkeit benötigte Material (vergleichbar einem Berufskraftfahrer ohne eigenes Fahrzeug, vgl. nur LSG Baden-Württemberg, Urteil vom 21.11.2008 - [L 4 KR 4098/06](#) -; Sächsisches LSG, Urteil vom 04.03.2014 - [L 5 R 425/12](#) -, Bayerisches LSG, Urteil vom 09.05.2012 - [L 5 R 23/12](#) -, Schleswig-Holsteinisches LSG, Urteil vom 19.06.2009 - [L 3 AL 24/08](#) -, Hessisches LSG, Urteil vom 24.02.2009 - [L 1 KR 249/08](#) -, alle Juris). Zwar hätten beide Beigeladenen alleine das Risiko des Ausfalls ihrer Arbeitskraft getragen ohne Anspruch auf Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall, auf bezahlten Urlaub oder auf Leistungen aus der Sozialversicherung. Bei diesen Tatsachen handelt es sich jedoch nicht um Umstände, die den Inhalt des Arbeitsverhältnisses und der Tätigkeit prägen, sondern um solche, die sich als Rechtsfolge ergeben, wenn keine abhängige Beschäftigung ausgeübt werden soll (vgl. hierzu BSG, Urteil vom 25.01.2001 - [B 12 KR 17/00 R](#) - Juris Rdnr. 24; Bundesarbeitsgericht [BAG], Urteil vom 19.11.1997 - [5 AZR 21/97](#) -, Juris; LSG Nordrhein-Westfalen, Urteil vom 16.01.2007 - [L 11 \(16\) KR 16/04](#) -, Juris). Zudem handelt es sich bei dem danach im Vordergrund stehenden Risiko der Arbeiter, nicht arbeiten zu können, um ein Risiko, das auch jeden Arbeitnehmer trifft, der nur Zeitverträge bekommt oder auf Abruf arbeitet und nach Stunden bezahlt wird oder unständig Beschäftigter ist. Ein wesentliches unternehmerisches Risiko, das gerade einen Selbstständigen trifft, liegt darin nicht (s. auch Sächsisches LSG, Beschluss vom 12.02.2018 - [L 9 KR 496/17 B ER](#) -, Juris). Zwar hat die Klägerin überzeugend dargelegt, dass es auf Baustellen üblich ist, einheitliches Material zu verwenden, dies ermöglichte es den Beigeladenen zu 1) und 2) aber auch nicht, etwa durch günstigen Einkauf von Materialien ihren Gewinn zu erhöhen. Es fehlte damit nicht nur an unternehmerischen Risiken, sondern auch an unternehmerischen Chancen. Die Beigeladenen zu 1) und 2) hatten keine wesentlichen unternehmerischen Freiheiten. Dem Umstand, dass die Beigeladenen zu 1) und 2) anders als die fest angestellten Mitarbeiter der Klägerin die Baustellen mit dem eigenen PKW angefahren haben und nicht gemeinsam durch einen Kleintransporter zur Baustelle gebracht wurden, ist vorliegend ebenfalls kein besonderes Gewicht beizumessen. Die Baustelle lag in unmittelbarer Nähe des jeweiligen Wohnorts der Beigeladenen zu 1) und 2), so dass die Fahrt zur Baustelle vergleichbar einem Arbeitnehmer, der zu seinem Arbeitsplatz fährt und das Benzin hierfür auch nicht gesondert in Rechnung stellen kann, anzusehen ist. Soweit die Klägerin auf eine Sachmängelhaftung der

Beigeladenen zu 1) und 2) abstellt, ist nicht ersichtlich, an welcher Stelle eine solche vereinbart worden wäre. Entsprechende vertragliche Vereinbarungen liegen wurden gerade nicht getroffen. Eine entsprechende Haftung kam im hier streitgegenständlichen Zeitraum auch nicht zum Tragen. Der Beigeladene zu 2) hat vielmehr gegenüber dem Hauptzollamt berichtet, dass er einmal, als er eine Wand verstärken musste, da der Geschäftsführer der Klägerin die Dicke der Wand bemängelt hatte, dies nacharbeiten musste, aber die hierfür notwendigen Stunden auch in Rechnung stellen konnte.

Ein eigenes werbendes Auftreten am Markt, das Rückschlüsse auf ein unternehmerisches Handeln zuließe (LSG Niedersachsen-Bremen, Beschluss vom 01.11.2017 - [L 2 R 227/17](#) -, Juris), fehlte; der Beigeladene zu 2) war auch ausschließlich für die Klägerin tätig. Auch insoweit ist es nachvollziehbar, wenn die Klägerin ausführt, dass ein werbendes Auftreten nicht erforderlich war, da die Stellen durch „Mundpropaganda“ vermittelt wurden, ein Indiz für eine selbstständige Tätigkeit in Form eines werbenden Auftretens liegt dennoch nicht vor.

Auch aus der Höhe des vereinbarten Entgelts lässt sich nicht der Schluss einer selbstständigen Tätigkeit ziehen. Liegt das vereinbarte Honorar deutlich über dem Arbeitsentgelt eines vergleichbar eingesetzten sozialversicherungspflichtig Beschäftigten und lässt es dadurch Eigenvorsorge zu, kann dies nach der Rechtsprechung des BSG ein Indiz für eine selbstständige Tätigkeit sein (BSG, Urteil vom 31.03.2017 - [B 12 R 7/15 R](#) -, Juris). Hiervon ist nicht auszugehen. Wie sich den unbestrittenen Angaben der Beigeladenen gegenüber dem Hauptzollamt entnehmen lässt, haben die Beigeladenen einen Stundenlohn von 15,00 €, der Beigeladene zu 2) später in Höhe von 17,50 € erhalten. Der Mindestlohn im Baugewerbe für Fachwerker (Lohngruppe 2) lag 2014 jedoch schon bei 13,95 €, 2015 bei 14,20 € (vgl. hierzu https://www.lohn-info.de/mindestlohn_bauhauptgewerbe.html, Stand April 2020, vgl. Senatsurteil vom 22.10.2019 - L 9 BA 2651/18 -, n.v.), so dass der Senat davon ausgeht, dass ein Facharbeiter wie die Beigeladenen, wären sie als Arbeitnehmer entlohnt worden, jedenfalls nicht wesentlich weniger verdient hätten.

Der Anmeldung eines Gewerbebetriebes auf Seiten der Beigeladenen kommt in diesem Zusammenhang ebenfalls keine eigenständige Aussagekraft zu. Die Anmeldung eines Gewerbebetriebes mag die subjektive Einschätzung des Anmeldenden zum Ausdruck bringen, selbstständig tätig werden zu wollen, doch steht die Entscheidung über das Vorliegen der für Beschäftigte vom Gesetzgeber vorgegebenen Pflichtversicherung nicht zur Disposition der Beteiligten (s. auch [§ 32 SGB I](#)). Dementsprechend begründet die Anmeldung eines Gewerbes für sich alleine keine Selbstständigkeit, zumal eine inhaltliche Überprüfung durch die zuständige Behörde nicht stattfindet (s. hierzu nur LSG Niedersachsen-Bremen, Beschluss vom 01.11.2017 - [L 2 R 227/17](#) -; Sächsisches LSG, Beschluss vom 12.02.2018 - [L 9 KR 496/17 B ER](#) -; LSG Baden-Württemberg, Urteil vom 24.02.2015 - [L 11 R 5195/13](#) -, jeweils Juris). Daher ist es auch nicht entscheidungsrelevant, dass der Beigeladene zu 1) zwischenzeitlich das Gewerbe abgemeldet hatte und gerade nach der Kontrolle durch das Hauptzollamt wieder eine Anmeldung erfolgt ist.

Im Ergebnis stellt der Senat daher fest, dass die Beigeladenen zu 1) und 2) als Arbeitnehmer sozialversicherungspflichtig in allen Zweigen der Sozialversicherung bei dem Kläger beschäftigt waren, da die für ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis sprechenden Umstände bei weitem überwiegen.

Die von der Beklagten festgesetzten Beiträge und Umlagen sind der Höhe nach nicht zu beanstanden; die Klägerin hat Einwände hiergegen nicht vorgebracht, solche sind auch für den Senat nicht ersichtlich. Die Beklagte hat der Berechnung die durch die Beigeladenen zu 1) und 2) gestellten Rechnungen (ohne Mehrwertsteuer) zugrunde gelegt, was nicht zu beanstanden ist.

Auf die geschuldeten Sozialversicherungsbeiträge sind auch Säumniszuschläge nach [§ 24 SGB IV](#) zu erheben. Gemäß [§ 24 Abs. 1 Satz 1 SGB IV](#) in der seit 01.01.2002 unveränderten Fassung des 4. Euro-Einführungsgesetzes vom 21.12.2000 ([BGBl I 1983](#)) ist für Beiträge und Beitragsvorschüsse, die der Zahlungspflichtige nicht bis zum Ablauf des Fälligkeitstags gezahlt hat, für jeden angefangenen Monat der Säumnis ein Säumniszuschlag von eins vom Hundert des rückständigen, auf 50,00 € nach unten abgerundeten Betrags zu zahlen. Die objektiven Voraussetzungen für die Erhebung von Säumniszuschlägen, deren Vorliegen die Beklagte nachzuweisen hat, sind hier erfüllt. Die Klägerin hat die von ihr geschuldeten Sozialversicherungsbeiträge nicht rechtzeitig gezahlt.

Wird eine Beitragsforderung - wie hier - durch Bescheid mit Wirkung für die Vergangenheit festgestellt, ist nach [§ 24 Abs. 2 SGB IV](#) ein darauf entfallender Säumniszuschlag nicht zu erheben, soweit der Beitragsschuldner glaubhaft macht, dass er unverschuldet keine Kenntnis von der Zahlungspflicht hatte. Diese Ausnahmeregelung setzt voraus, dass der Beitragsschuldner keine Kenntnis von seiner Zahlungspflicht hat, die Unkenntnis nicht verschuldet ist, ihm auch Kenntnis oder Verschulden einer anderen Person nicht zurechenbar ist und die unverschuldete Unkenntnis ununterbrochen bis zur Festsetzung der Säumniszuschläge durch Bescheid bestanden hat.

Eine Exkulpation nach [§ 24 Abs. 2 SGB IV](#) ist ausgeschlossen, wenn der säumige Beitragsschuldner Kenntnis von seiner Zahlungspflicht hatte (vgl. BSG Urteil vom 17.4.2008 - [B 13 R 123/07 R](#) -, juris). Kenntnis von der Zahlungspflicht nach [§ 24 Abs. 2 SGB IV](#) ist damit das sichere Wissen darum, rechtlich und tatsächlich zur Zahlung von Beiträgen verpflichtet zu sein (so bereits zu [§ 25 SGB IV](#) BSG Urteil vom 16.12.2015 - [B 12 R 11/14 R](#) -, Juris). Sie liegt bei einem nach [§ 28e SGB IV](#) zahlungspflichtigen Arbeitgeber vor, wenn er die seine Beitragsschuld begründenden Tatsachen kennt, weil er zumindest als Parallelwertung in der Laiensphäre nachvollzieht, dass einerseits Beschäftigung vorliegt, die andererseits die Beitragspflicht nach sich zieht. Das Wissen um die (bloße) Möglichkeit der Beitragserhebung steht dem sicheren Wissen um die rechtliche und tatsächliche Verpflichtung zur Beitragszahlung hingegen nicht gleich (BSG, Urteile vom 16.12.2015 - [B 12 R 11/14 R](#) - und vom 12.12.2018 - [B 12 R 15/18 R](#) -, Juris). Ein Irrtum über die Arbeitgebereneigenschaft schließt die Kenntnis aus (ähnlich zum Straftatbestand des [§ 266a StGB](#): BGH, Urteil vom 24.01.2018 - [1 StR 331/17](#) -, Juris).

Allein das Fehlen der Kenntnis von der Beitragszahlungspflicht steht der Festsetzung von Säumniszuschlägen noch nicht entgegen. Vielmehr sind Säumniszuschläge nur dann nicht zu erheben, wenn die Unkenntnis unverschuldet ist. Dieses (Un-)Verschulden bestimmt sich nicht nach [§ 276 BGB](#), sondern setzt aufgrund eines eigenständigen Verschuldensmaßstabs wenigstens bedingten Vorsatz voraus (vgl. BSG, Urteile vom 26.01.2005 - [B 12 KR 3/04 R](#) -, und vom 12.12.2018, [a.a.O.](#), Juris)

Ist eine juristische Person des Privatrechts - wie die hier klagende GmbH - Beitragsschuldnerin, kommt es zunächst auf die Kenntnis oder unverschuldete Unkenntnis zumindest eines Mitglieds eines Organs von der Beitragspflicht an. Wissen und Verschulden eines vertretungsberechtigten Organmitglieds ist als dasjenige des Organs anzusehen und damit auch der juristischen Person zuzurechnen (vgl. BSG, Urteil vom 16.12.2015 - [B 12 R 11/14 R](#) -, Juris). Das gleiche gilt nach dem Rechtsgedanken der [§§ 166, 278 BGB](#) für andere zum Vertreter der juristischen Person bestellte natürliche Personen, sofern sie eigenverantwortlich mit der sozialversicherungsrechtlichen

Bewertung einer Tätigkeit für die juristische Person und der Erfüllung ihrer Zahlungspflicht betraut sind (vgl. BGH Urteil vom 28.02.2012 - [VI ZR 9/11](#) - Juris Rdnr. 13 f). Auch die Kenntnis und das Verschulden weiterer im Rahmen einer betrieblichen Hierarchie verantwortlicher Personen kann der betroffenen juristischen Person zuzurechnen sein, wenn keine Organisationsstrukturen geschaffen wurden, um entsprechende Informationen aufzunehmen und intern weiterzugeben (vgl. BSG, Urteil vom 16.12.2015 - [B 12 R 11/14 R](#) -, Juris).

Für die unverschuldete Unkenntnis von der Zahlungspflicht trägt die Klägerin die objektive Beweislast. [§ 24 Abs. 2 SGB IV](#) ist als Ausnahme von der Erhebung von Säumniszuschlägen ausgestaltet, so dass derjenige beweispflichtig ist, der sich auf die rechtsbegründenden Tatsachen der Ausnahme beruft (vgl. BSG, Urteil vom 02.12.2008 - [B 2 U 26/06 R](#) -, Juris). Dabei genügt der abgesenkte Beweisgrad der Glaubhaftmachung (BSG, Urteil vom 12.12.2018, [a.a.O.](#), Juris).

Der Senat ist zu der Überzeugung gelangt, dass dem Geschäftsführer der Klägerin, dessen Verschulden der Klägerin zuzurechnen ist, wenigstens bedingter Vorsatz vorgehalten werden kann. Es kann im Rahmen bedingten Vorsatzes vorwerfbar sein, wenn ein Arbeitgeber bei Unklarheiten hinsichtlich der versicherungs- und beitragsrechtlichen Beurteilung einer Erwerbstätigkeit darauf verzichtet, die Entscheidung einer fachkundigen Stelle herbeizuführen (vgl. BSG, Urteile vom 09.11.2011 - [B 12 R 18/09 R](#) - und vom 24.03.2016 - [B 12 KR 20/14 R](#) -, Juris). Allerdings darf nicht das gesamte Risiko der Einordnung komplexer sozialversicherungsrechtlicher Wertungsfragen den Arbeitgebern überantwortet werden (vgl. BSG Urteil vom 18.11.2015 - [B 12 R 7/14 R](#) -, Juris), so dass sich Schematisierungen verbieten. Es bedarf deshalb der individuellen Überprüfung des bedingten Vorsatzes unter sorgfältiger Beweismwürdigung im Einzelfall (vgl. BSG, Urteil vom 04.09.2018 - [B 12 KR 11/17 R](#) -, Juris). Der Geschäftsführer der Klägerin hatte sich allein darauf verlassen, dass die Beigeladenen zu 1) und 2) jeweils eine Gewerbeanmeldung vorgelegt haben. Angesichts des Umstandes, dass zwischen der Tätigkeit der Beigeladenen zu 1) und 2) und derjenigen der fest angestellten Mitarbeiter kein nennenswerter Unterschied in der Tätigkeit bestand, hätte er sich aber über deren statusrechtliche Einordnung im Einzelnen auseinandersetzen und die Entscheidung einer fachkundigen Stelle herbeiführen müssen.

Der Berufung war daher zurückzuweisen.

Die Kostenentscheidung beruht auf [§ 197a SGG](#) in Verbindung mit [§ 154 Abs. 2](#) und 3 Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO), da weder der Kläger noch die Beklagte zu den in [§ 183 SGG](#) genannten Personen gehören. Außergerichtliche Kosten der Beigeladenen, die keine Anträge gestellt haben, sind durch die Klägerin nicht zu erstatten. Die Kostenentscheidung des SG, die zwar in den Entscheidungsgründen, nicht aber im Tenor berücksichtigt hatte, dass es sich um ein kostenpflichtiges Verfahren handelt, war dementsprechend zu korrigieren.

Die Streitwertfestsetzung folgt aus [§ 197 a Abs. 1 Satz 1 SGG](#) i.V.m. [§ 63 Abs. 2 Satz 1](#), [§ 52 Abs. 1](#) und 3, [§ 47](#) Gerichtskostengesetz (GKG) und entspricht der Summe der streitigen Gesamtforderung.

Gründe für die Zulassung der Revision liegen nicht vor.

Rechtskraft
Aus
Saved
2022-01-10