



Deutsche Rentenversicherung Schwaben, 86223 Augsburg

HZA Augsburg  
FKS Lindau  
Herr Schur  
Bregenzer Str. 5  
88131 Lindau

**Betriebsprüfdienst**

Dieselstr. 9, 86154 Augsburg  
Postanschrift: 86223 Augsburg  
Telefon 0821 / 500-1340  
Telefax 0821 / 500-1453  
www.deutsche-rentenversicherung-  
schwaben.de

**Ihr Ansprechpartner:**

Herr Florian Engl  
Telefon 0821/500-6273  
Telefax 0821/500-76273  
florian.engl@drv-schwaben.de

Unser Zeichen: Abt. 3.4 - Engl - [REDACTED]  
Datum: 06.04.2018

Datum Ihres Schreibens: 20.03.2018  
Zeichen Ihres Schreibens: EV 64/15

**Betriebsprüfung nach § 28p Viertes Buch Sozialgesetzbuch (SGB IV)**

Betriebsnummer: [REDACTED]

**Gutachterliche Stellungnahme**

Sehr geehrte Damen und Herren,

die Träger der Rentenversicherung nehmen auf Anfrage, ohne eine abschließende versicherungsrechtliche Beurteilung zu treffen, gutachterlich dazu Stellung, ob aufgrund des bislang bekannten Sachverhalts einschließlich der von Ihnen übersandten Unterlagen von einer abhängigen Beschäftigung oder einer selbständigen Tätigkeit auszugehen ist (§ 6 Abs. 1 Satz 1 SchwarzArbG).

Eine gutachterliche Stellungnahme zum sozialversicherungsrechtlichen Status des Erwerbstätigen kann nur dann abgegeben werden, wenn die vorliegenden Unterlagen darauf schließen lassen, dass eine derartige Feststellung einer sozialgerichtlichen Prüfung standhält.

Sie haben uns Unterlagen übermittelt mit der Bitte um Prüfung des sozialversicherungsrechtlichen Status von ungarischen Arbeitern, welche von der Firma Carl Kiefert an den o.g. Arbeitgeber vermittelt wurden.

Die gutachterliche Stellungnahme umfasst die auf Grundlage der übersandten Beweismittel, insbesondere Vernehmungen, Rechnungen etc., betroffenen Personen. Für Personen, welche nicht vernommen werden konnten war von den gleichen tatsächlichen Verhältnissen auszugehen, da diese ebenfalls über die Vermittlungstätigkeit der Firma Carl Kiefert eingesetzt wurden. Eine anderweitige Sachlage war nicht erkennbar.

**Sachverhalt**

Die M. hat, um personelle Engpässe auszugleichen, ungarische Arbeiter auf ihren Baustellen eingesetzt, welche von der Firma Carl Kiefert (Fa. Kiefert) vermittelt wurden. Zwischen der M. und den ungarischen Arbeitern wurde für den jeweiligen Arbeitseinsatz ein standardisierter Werkvertrag geschlossen.

**Scheinselbständigkeit**

Scheinselbständigkeit liegt vor, wenn eine erwerbstätige Person als formell selbständiger Unternehmer auftritt, die Art ihrer Tätigkeit tatsächlich aber derjenigen im Rahmen eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses entspricht.

Tritt ein Auftragnehmer auf, der vorgibt Selbständiger zu sein, ist zu prüfen, ob er tatsächlich selbständig tätig ist oder ob er sich lediglich in einem abhängigen Beschäftigungsverhältnis zum vermeintlichen Auftraggeber befindet, der faktisch sein Arbeitgeber ist.

**Beschäftigung**

Gemäß § 2 Abs. 2 Nr. 1 Viertes Buch Sozialgesetzbuch (SGB IV) sind in allen Zweigen der Sozialversicherung Personen versichert, die gegen Arbeitsentgelt oder zu ihrer Berufsausbildung beschäftigt sind. Das Vorliegen eines Beschäftigungsverhältnisses nach § 7 Abs. 1 SGB IV ist Voraussetzung für das Entstehen von Versicherungspflicht. Es ist nicht identisch mit dem Arbeitsverhältnis, das die arbeitsrechtlichen Beziehungen zwischen dem Arbeitgeber und dem Arbeitnehmer (z. B. Beschäftigungsdauer, Entgelthöhe und -zahlung, Urlaub, Kündigung usw.) regelt und durch den Arbeitsvertrag zustande kommt.

Nach der Lehre vom faktischen Arbeitsverhältnis ist der Abschluss eines Arbeitsvertrages nicht erforderlich; das Arbeitsverhältnis entsteht schon durch die mit der Arbeitsaufnahme verbundene Eingliederung in den Betrieb.

Das Beschäftigungsverhältnis ist die Gesamtheit aller versicherungsrechtlichen Beziehungen zwischen dem Arbeitgeber, dem Arbeitnehmer und der Sozialversicherung. Es kommt - obwohl die Rechtsprechung bisweilen die Arbeitsaufnahme genügen lässt - dadurch zustande, dass der Beschäftigte nach übereinstimmendem Willen mit dem Arbeitgeber fremdbestimmte Arbeit leistet oder zu leisten hat und dafür eine Vergütung erhält. Ob der übereinstimmende Wille zu einem gültigen Arbeitsvertrag geführt hat, ist nicht maßgebend. Ebenso kommt es nicht darauf an, welche Bezeichnungen vom Arbeitgeber und Arbeitnehmer für ihre Beziehungen und die dem Beschäftigten zugewiesenen Aufgaben gewählt werden. Entscheidend ist vielmehr allein, wie der Arbeitgeber und der Arbeitnehmer ihre Beziehungen tatsächlich gestaltet haben.

Wesentliches Merkmal eines Beschäftigungsverhältnisses ist die persönliche Abhängigkeit. Sie äußert sich vornehmlich in der Eingliederung „in“ einen Betrieb, womit regelmäßig die Weisungsbefugnis des Arbeitgebers über „Zeit, Dauer, Ort und Art der Ausführung“ verbunden ist.

Diese Weisungsgebundenheit kann aber - besonders bei Arbeitnehmern in leitender Stellung - bei Ausführung der Arbeit auf ein äußerst geringes Maß herabgesetzt sein. Auch wenn die persönliche Einwirkung des Arbeitgebers in Gestalt ausdrücklicher Weisungen nicht in Erscheinung tritt und dadurch die Durchführung der Arbeit dem selbstverantwortlichen Ermessen des Arbeitnehmers überlassen bleibt, liegt eine fremdbestimmte Dienstleistung vor, wenn die zu erfüllende Aufgabe

von der Ordnung des Betriebes geprägt wird,  
sich aus Übung oder Herkommen ergibt  
und die Arbeitskraft im Dienste des Unternehmens eingesetzt wird.

Insgesamt gesehen ist die persönliche Abhängigkeit daher stets zu bejahen, wenn der Dienstleistende „in“ einem Betrieb arbeitet, d. h. also in den Betrieb eingegliedert ist und als Angehöriger des Betriebes

angesehen wird, selbst wenn die Weisungsgebundenheit - was die Ausführung der Arbeit betrifft - stark eingeschränkt ist.

Eine selbständige Tätigkeit zeichnet sich durch ein eigenes Unternehmerrisiko, das Vorhandensein einer eigenen Betriebsstätte, die Verfügungsmöglichkeit über die eigene Arbeitskraft und die im Wesentlichen in eigener Verantwortung und nach eigenem Plan frei gestaltete Tätigkeit und Arbeitszeit aus.

Die Beurteilung der Frage, ob eine abhängige Beschäftigung oder eine selbständige Tätigkeit vorliegt, muss nach dem Gesamtbild des beruflichen Einsatzes vorgenommen werden, wobei letztlich entscheidend ist, ob die Merkmale eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses oder einer selbständigen Tätigkeit überwiegen. Vertragliche Vereinbarungen können hier nur insoweit herangezogen werden, als sie mit den tatsächlichen Verhältnissen übereinstimmen, denn für die Abgrenzung von Bedeutung sind in erster Linie die tatsächlichen Umstände, unter denen die Dienstleistung zu erbringen ist, nicht die Bezeichnung, die die Parteien ihrem Rechtsverhältnis gegeben haben, oder eine von ihnen gewünschte Rechtsfolge (Bundesarbeitsgericht - BAG - vom 19.01.2000 - 5 AZR 644/98).

Die Statusklärung wird anhand der Merkmale Gewerbeanmeldung, Weisungsgebundenheit, Werkvertrag, Unternehmerrisiko und unternehmerisches Auftreten vorgenommen.

#### Anmeldung eines Gewerbes

Die Gewerbeamtanmeldung stellt lediglich einen formellen Akt dar, der bestenfalls mit einer Absicht, jedoch nicht mit der Prüfung der Selbständigkeit von Seiten des Ordnungsamts verbunden ist (Landessozialgericht - LSG - Baden-Württemberg vom 11.10.2006 - L 5 KR 3378/05).

#### Weisungsgebundenheit

Von einer Weisungsgebundenheit und damit einer abhängigen Beschäftigung ist dann auszugehen, wenn dem Beschäftigten der zeitliche Rahmen, der Ort und die Art der Arbeitsleistung vorgegeben werden. Von einer Eingliederung in den Betrieb und damit einer abhängigen Beschäftigung ist grundsätzlich dann auszugehen, wenn der Beschäftigte die Arbeitsleistung in einer fremden Arbeitsorganisation erbringt, in die Hierarchie mit Vorgesetzten und Arbeitnehmern eingebunden ist und betriebliche Einrichtungen und/oder Arbeitsmittel des Arbeitgebers benutzt.

Insbesondere bei Diensten höherer Art kann aber die Weisungsbefugnis des Arbeitgebers auf ein äußerst geringes Maß herabgesetzt sein und unter Umständen völlig fehlen. Gleichwohl liegt eine fremdbestimmte Dienstleistung vor, wenn die zu erfüllende Aufgabe von der Ordnung des Betriebs geprägt wird, sich aus der Übung oder Herkunft ergibt und die Arbeitskraft im Dienst des Unternehmens eingesetzt wird.

#### Unternehmerrisiko / Unternehmerisches Handeln

Unternehmer ist, wer unternehmerische Entscheidungsfreiheiten genießt, ein unternehmerisches Risiko trägt sowie unternehmerische Chancen wahrnehmen und hierfür Eigenwerbung betreiben kann. Das unternehmerische Risiko ist durch den Einsatz eigenen Kapitals und eigener Betriebsmittel gekennzeichnet. Es ist nicht mit dem Einkommensrisiko zu verwechseln, das auch der abhängig Beschäftigte trägt, wenn er nach Zeit entlohnt wird. Echtes Unternehmerrisiko bedeutet den Einsatz eigenen Vermögens mit der Aussicht auf Gewinn, aber auch mit dem Risiko des Verlustes. Ist der Erfolg des Einsatzes der eigenen Arbeitskraft ungewiss, so spricht dies auch für ein unternehmerisches Risiko (Bundesarbeitsgericht vom 24.09.1981 - 12 RK 43/79, Landessozialgericht - LSG - Rheinland-Pfalz vom 14.07.1998 - L 7 U 20/98 und BSG vom 16.12.1976 - 12/3 RK 4/75).

Das heißt, wenn der Auftragnehmer seine Arbeitszeit investiert und offen bleibt, ob er hierfür ein Entgelt erhält, kann das ein Indiz für eine selbständige Tätigkeit sein, wenn sie auch mit einem deutlichen Zuwachs an Dispositionsfreiheit und Gewinnchancen einhergeht. Allein die Zuweisung von zusätzlichen Risiken macht einen abhängig Beschäftigten nicht zum Selbständigen.

Das Unternehmerrisiko unterscheidet sich vom Risiko eines abhängig Beschäftigten, dass möglicherweise nicht nur keine Einnahmen erzielt werden (Arbeitsplatzverlust), sondern trotz fehlender Aufträge noch erhebliche Aufwendungen gemacht werden müssen (LSG Baden-Württemberg vom 23.11.2004 - L 4 KR 3083/02).

#### Abgrenzung Beschäftigungsverhältnis zum Werkvertrag

Mit dem Abschluss eines Werkvertrags verpflichtet sich ein Unternehmen zur Erstellung eines Werkes, der andere Vertragspartner, d. h. der Besteller, zur Bezahlung einer Vergütung gem. §§ 633 ff. BGB. Die Vergütung ist bei Abnahme des Werkes fällig.

Der Abschluss eines echten Werkvertrages verlangt von den Geschäftspartnern, dass im Voraus ein durch Pläne, Zeichnungen usw. konkretes Werk beschrieben wird. Eine allgemeine Bezeichnung der auszuführenden Arbeiten ist für eine werkvertragliche Geschäftsbeziehung nicht ausreichend. Allgemein formulierte Tätigkeitsbeschreibungen sind vielmehr kennzeichnend für eine arbeitsvertragliche Vereinbarung.

Der Unterschied zwischen einer abhängigen Beschäftigung und einer selbständigen Tätigkeit zeigt sich auch im zeitlichen Ablauf einer Vertragsbeziehung. Soweit mangels einer konkreten Werkbeschreibung von der selbständigen Erwerbsperson erst nach den Anweisungen des Leitungspersonals des Auftraggebers mit der auszuführenden Arbeit begonnen werden kann, liegt eine Arbeitnehmerstellung vor.

Im Unterschied dazu liegt eine werkvertragliche Geschäftsbeziehung vor, wenn mit dem Subunternehmer vor dem erstmaligen Arbeitsbeginn des Fremdpersonals eine konkrete Werkleistung vereinbart wurde. Nur wenn es der selbständigen Erwerbsperson möglich ist, dass sie auf dieser Grundlage ihren eigenen Betriebsablauf im Auftraggeberbetrieb eigenverantwortlich plant und organisiert, kann eine werkvertragliche Geschäftsbeziehung bejaht werden.

Typisch für eine Scheinselbständigkeit ist es, dass nach der fortlaufenden Benennung der auszuführenden Tätigkeit – wie bei Arbeitnehmern – zeitnah mit der Arbeit begonnen wird und das Arbeitsergebnis dem Auftraggeber jederzeit zur Verfügung steht. Die Reihenfolge sowie die Art und Weise der dabei auszuführenden Arbeiten bestimmt ausschließlich das Leitungspersonal des Auftraggebers.

Bei einer Scheinselbständigkeit ist weder eine werkvertragliche Leistungsbeschreibung vorhanden noch ist eine werkvertragliche Preisvereinbarung getroffen worden. Bei dem schriftlich behaupteten Werkvertrag handelt es sich folglich um einen Schein-Werkvertrag.

Nach seinem Abschluss wird der Schein-Werkvertrag in der Praxis nicht umgesetzt, was insbesondere durch eine Weisungsgebundenheit des Fremdpersonals und dessen Eingliederung in den Auftraggeberbetrieb zum Ausdruck kommt.

Die auszuführende Werkleistung eines echten Subunternehmers konkretisiert sich im Leistungsverzeichnis sowie in den dazu gehörenden Plänen und Aufzeichnungen. Eine echte Selbständigkeit kann nur bejaht werden, wenn der selbständigen Erwerbsperson diese Unterlagen bereits zum Vertragsabschluss zur Verfügung gestellt werden. Anschließend müssen diese Unterlagen von der selbständigen Erwerbsperson eigenverantwortlich ausgewertet und ihr Arbeitseinsatz von ihr anschließende entsprechend geplant und organisiert werden.

Bei einer Scheinselbständigkeit kennt jedoch weder die selbständige Erwerbsperson noch das Leitungspersonal des Auftraggebers den Umfang der vom Subunternehmer auszuführenden Werkleistung. Weder dem Betriebsleiter noch dem Vorarbeiter des Auftraggebers sind in diesem Zusammenhang die werkvertraglichen Inhalte und die Leistungsverzeichnisse bekannt. Die auszuführende Tätigkeit wird deshalb – wie für eigene Arbeitskräfte üblich – arbeitstäglich vom Leitungspersonal des Auftraggebers den selbständigen Erwerbspersonen bekannt gegeben. Auf

Leistungsverzeichnisse muss das Leitungspersonal des Auftraggebers dabei keine Rücksicht nehmen. Es orientiert sich ausschließlich an seinen eigenen innerbetrieblichen Notwendigkeiten, die für einen ordnungsgemäßen Betriebsablauf notwendig sind

Die Eingliederung einer scheinselbständigen Erwerbsperson in den Auftraggeberbetrieb wird immer dann sichtbar, wenn der tägliche Arbeitseinsatz nicht von einem Werkvertrag und einem dazu gehörenden Leistungsverzeichnis geprägt wird, sondern der Betriebsleiter bzw. Vorarbeiter des Auftraggebers fortlaufend bestimmt, welche Arbeiten vom Stammpersonal und den selbständigen Erwerbspersonen auszuführen sind.

Das arbeitsrechtliche Weisungsrecht bedeutet nicht, dass sich dies bis in alle Einzelheiten einer Arbeitsleistung erstrecken muss (siehe BSG-Urteil vom 30.01.2007 – B 2 U 6/06 R). Nach diesem Urteil muss sich das Weisungsrecht nicht auf alle Einzelheiten einer zu erbringenden Arbeitsleistung erstrecken. Dies gilt insbesondere beim Einsatz von Fachkräften. Bei einer Gruppenarbeit können keine eigenen, abgrenzbaren werkvertraglichen Leistungen erbracht werden. Diese sind jedoch Grundvoraussetzung für einen echten Werkvertrag. Eigenes Kleinwerkzeug spielt keine entscheidende Rolle bei der Abgrenzung von Werkvertrag und abhängiger Beschäftigung.

Der Werkvertrag muss folgende Punkte umfassen:

- Definition des Werkes anhand einer Aufgabenstellung oder Leistungsbeschreibung oder Pflichtenheft
- Werklohn, Gebühren und Zahlungen für zusätzliche Leistungen (Fahrtkosten, Recherchen usw. und Zahlungsvereinbarungen, z.B. Abschlagszahlungen)
- Fertigstellungstermin
- Form der Lieferung des Werks
- Abnahme
- Gewährleistung
- Haftung
- Kündigung
- Nutzungsrechte

Eine ordnungsgemäße Rechnung muss in Art und Umfang die tatsächlich ausgeführten Leistungen widerspiegeln. Unter anderem muss der Rechnungsinhalt in der Menge und Art den tatsächlich ausgeführten Arbeiten entsprechen. Die Leistung muss dabei aus umsatzsteuerlicher Sicht so genau beschrieben sein, damit auch eine spätere Identifizierung der abgerechneten Arbeiten möglich ist.

Bei einer Scheinselbständigkeit erfolgt keine werkvertragliche Leistungserfassung. Die tatsächlich erbrachten Arbeitsergebnisse werden überhaupt nicht dokumentiert, da die Vergütung tatsächlich auf Stundenbasis erfolgt.

Bei einer echten werkvertraglichen Geschäftsbeziehung muss ein Subunternehmer für die von ihm hergestellte Werkleistung eine oft mehrjährige Gewährleistung erbringen. Von selbständigen Erwerbspersonen, die bei ihrer Tätigkeit gegenüber ihrem Auftraggeber weisungsgebunden und folglich auch in dessen Betriebsablauf eingegliedert sind, kann keine Gewährleistung gefordert werden, da Mängel im Verantwortungsbereich des Auftraggebers liegen. Auch Ausbesserungsarbeiten während der Tätigkeit oder nach der anschließenden Qualitätsüberprüfung spiegeln keine Gewährleistung wider, sondern sind auch Kernelemente einer abhängigen Beschäftigung.

### **Würdigung**

Im Sozialversicherungsrecht ist es von untergeordneter Bedeutung, wie Arbeitgeber und Arbeitnehmer ihr Vertragsverhältnis rechtlich bewerten. Entscheidend für die Beurteilung, ob ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis vorliegt, sind die tatsächlichen Verhältnisse.

Ein Werkvertrag zwischen der Firma M■■■■ und den ungarischen Arbeitern liegt für dieses Gutachten vor.



Aus diesem und den vorliegenden Unterlagen wie z.B. Vernehmungen der Arbeitnehmer von der Fa. Kiefert, geht hervor, dass als Werkvertrag eine standardisierte Vertragsvorlage verwendet wurde, in welche dann der jeweilige Auftraggeber, -nehmer und die Tätigkeit eingetragen wurde. Dieser Werkvertrag ist recht allgemein gehalten und beinhaltet kein abgrenzendes Gewerk. Regelungen über die Vergütung, Gewährleistung und die Laufzeit sind im Vertrag enthalten, eine Frist für die Fertigstellung des Gewerks wurde nicht vereinbart.

Der Werkvertrag ist tatsächlich nicht gelebt worden, die Bezahlung erfolgt nach den tatsächlich geleisteten Stunden und nicht nach Fortschritt des Gewerks. Die Arbeiten waren nicht voneinander abgegrenzt sondern erfolgten Hand in Hand und die Übergänge der Gewerke waren fließend. Eine Planung der Gewerke durch die ungarischen Arbeiter erfolgte nicht, diese ist durch die Fa. M. erfolgt. In Gesamtwürdigung sind die Werkverträge in sozialversicherungsrechtlicher Hinsicht als Scheinwerkverträge zu qualifizieren.

Aus den Aussagen einer Vielzahl von ungarischen Arbeitern und anderer Personen (Mitarbeiter der Firma M.) wie auch den Aussagen der Mitarbeiter der Fa. Kiefert, geht hervor, dass die ungarischen Arbeiter über keinen eigenen Betriebssitz verfügen. Weiterhin hatten Sie keine eigenen Arbeitnehmer, betrieben keine eigene Werbung, hatten keine Geschäftsräume in Deutschland und waren von den Weisungen der Firma M. auf der Baustelle abhängig.

Als Betriebssitz der ungarischen Arbeiter wurde immer dieselbe Adresse wie die der Fa. Kiefert angegeben, daraus ist ebenfalls zu erkennen, dass keine eigene Betriebsstruktur vorhanden ist und somit die ungarischen Arbeiter auf den Betriebsapparat der Fa. M. angewiesen waren. Bei einer Abhängigkeit des Betriebs in diesem Ausmaß ist von einer Weisungsgebundenheit auszugehen.

Nach Auswertung der uns vorliegenden Unterlagen und Abwägung der o.g. Kriterien gehen wir von einer abhängigen Beschäftigung der ungarischen Arbeiter bei der Fa. M. aus.

Nach den Bestimmungen im Sozialgesetzbuch unterliegen Arbeitnehmer die gegen Entgelt beschäftigt sind grundsätzlich der Sozialversicherungs- bzw. der Beitragspflicht (§ 5 Abs. 1 Nr. 1 Fünftes Buch Sozialgesetzbuch - SGB -, § 20 Abs. 1 Nr. 1 Elftes Buch Sozialgesetzbuch - SGB XI -, § 1 Nr. 1 Sechstes Buch Sozialgesetzbuch - SGB VI - und § 24 Abs. 1 Drittes Buch Sozialgesetzbuch - SGB III -).

#### **Arbeitsvermittlung/Arbeitnehmerüberlassung durch die Fa. Kiefert**

Die Geschäftsbeziehung der ungarischen Arbeiter zu der Fa. Kiefert wurde bereits in der gutachterlichen Stellungnahme (DRV Baden-Württemberg) für die Fa. Kiefert beurteilt, es wird auf diese Stellungnahme vom 05.03.2018 verwiesen.

Mit freundlichen Grüßen  
Florian Engl