L 11 R 2315/13 ER-B

Land
Baden-Württemberg
Sozialgericht
LSG Baden-Württemberg
Sachgebiet
Rentenversicherung
Abteilung
11
1. Instanz
SG Reutlingen (BWB)
Aktenzeichen
S 9 R 670/13 ER
Datum
13.05.2013
2. Instanz
LSG Baden-Württemberg
Aktenzeichen
L 11 R 2315/13 ER-B
Datum
04.09.2013
3. Instanz
Bundessozialgericht
Aktenzeichen

-
Datum

-
Kategorie
Beschluss
Leitsätze

Für die Abgrenzung zwischen einer abhängigen Beschäftigung und einer selbständigen Tätigkeit ist es ohne Bedeutung, ob der Beschäftigte von einem Träger der Sozialversicherung eine Leistung (hier: Existenzgründungszuschuss) erhält, zu deren Voraussetzungen die Aufnahme oder Ausübung einer selbständigen Tätigkeit gehört.

Bei einem nach [§ 238 HGB](#) buchführungspflichtigen Kaufmann lässt sich eine unbillige Härte iSd [§ 86 a Abs 3 Satz 2 SGG](#) nicht mit einer drohenden Überschuldung begründen, da die Anordnung der aufschiebenden Wirkung eines Widerspruchs oder einer Klage die Fälligkeit einer durch Verwaltungsakt festgesetzten Beitragsforderung nicht berührt.

Die Beschwerde des Antragstellers gegen den Beschluss des Sozialgerichts Reutlingen vom 13.05.2013 wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Beschwerdeverfahrens trägt der Antragsteller.

Der Streitwert für das Beschwerdeverfahren wird auf 12.712,89 EUR festgesetzt.

Gründe:

I.

Mit seiner Beschwerde erstrebt der Antragsteller die Anordnung der aufschiebenden Wirkung seines Widerspruchs gegen einen Bescheid der Antragsgegnerin, mit dem diese nach Durchführung einer Arbeitgeberprüfung Gesamtsozialversicherungsbeiträge in Höhe von insgesamt 71.131,81 EUR fordert.

Der Antragsteller betreibt als Einzelunternehmen die Firma N. M. Transporte mit Sitz in R ... Er besitzt mehrere Lastkraftwagen (Lkw) und Transporter und beschäftigt nach eigenen Angaben ca 35 bis 45 Mitarbeiter. Nach einer von seinem Steuerberater und Prozessbevollmächtigten vorgelegten Vermögensaufstellung mit Stand 31.12.2012 beläuft sich das Vermögen des Antragstellers auf 689.118,41 EUR, die Schulden betragen 804.406,11 EUR. Der Antragsteller beschäftigte in der Zeit vom 01.04.2007 bis 31.08.2010 Frau S. R. (R) und in der Zeit vom 01.04.2009 bis zum 30.11.2011 Herrn A. L. (L) als Fahrer. Schriftliche Verträge zwischen dem Antragsteller und R sowie L liegen nicht vor. Mündlich wurde vereinbart, dass R und L nach Anzahl der geleisteten und nachgewiesenen Stunden bezahlt wurden; dies wurde auch tatsächlich so gehandhabt. Die Fahrten wurden mit Fahrzeugen des Antragstellers durchgeführt. Die Fahrzeuge wurden auch auf Rechnung des Antragstellers betankt. Die Abrechnung erfolgte am Monatsende. R und L stellten dem Antragsteller jeweils eine Rechnung. Darin wurden die von ihnen geleisteten Stunden mit dem vereinbarten Stundenlohn (11 EUR bis 13 EUR) multipliziert. Das Produkt wurde um die Mehrwertsteuer erhöht und dieser Betrag vom Antragsteller gefordert und von diesem bezahlt. Sozialversicherungsbeiträge wurden für R und L nicht abgeführt, da der Antragsteller davon ausging, dass R und L als freie Mitarbeiter einzustufen sind.

Im August 2011 begann die Antragsgegnerin mit einer Betriebsprüfung beim Antragsteller. Ein Jahr später, im August 2012, übersandte sie dem Antragsteller, R und L jeweils einen Fragebogen (Schreiben vom 09.08.2012), den diese ausgefüllt wieder an die Antragsgegnerin zurücksandten; auf Bl 9, 15 und 16 der Verwaltungsakte der Antragsgegnerin wird Bezug genommen. Nach einer Anhörung des Antragstellers, R und L stellte die Antragsgegnerin mit Bescheid vom 07.01.2013 eine sich aus der Betriebsprüfung für den Prüfzeitraum vom 01.01.2007 bis 31.12.2010 ergebende Nachforderung von 96.858,81 EUR fest. Darin enthalten waren auch Säumniszuschläge in Höhe von 25.727 EUR. Für das Jahr 2007 beliefen sich die nachgeforderten Gesamtsozialversicherungsbeiträge (ohne Säumniszuschläge) auf 7.533,83 EUR und für das Jahr 2008 auf 12.746,44 EUR.

Gegen diesen Bescheid legte der Antragsteller am 16.01.2013 Widerspruch ein. Gleichzeitig beantragte er in voller Höhe die Aussetzung der Vollziehung. Er vertrat die Auffassung, dass die Tätigkeit von R und L nicht der Sozialversicherungspflicht unterliege. Beide seien als Subunternehmer für ihn tätig geworden. Sowohl R als auch L hätten ihm versichert, dass sie selbständige Unternehmer seien, die Eingliederungsleistungen für Selbständige nach dem Sozialbuch erhalten hätten. Seit 1998 greife er auf zwei bis fünf Subunternehmer zurück, um Urlaubs- und Krankheitszeiten sowie Überkapazitäten abzudecken. Deshalb seien auch zu Unrecht Säumniszuschläge erhoben worden. Die Selbständigkeit von R und L sei vom Finanzamt im Rahmen der Lohnsteuerprüfung regelmäßig lückenlos geprüft worden. Überdies wären die Beitragsforderungen verwirkt, da die Beauftragung von Subunternehmern bei der die Jahre 2003 bis 2006 umfassenden Betriebsprüfung nicht beanstandet worden sei. Damals seien dem Prüfer die Prüfungsanfragen der Lohnsteuerprüfer übergeben worden. Der damalige Bescheid vom 25.10.2007 habe hinsichtlich der Subunternehmer keine Prüfungsfeststellungen enthalten. Daraus ergebe sich ein Vertrauensschutz. Außerdem habe L im Zeitraum von September 2010 bis Dezember 2011 seine Ehefrau als geringfügig Beschäftigte angestellt. Die Beiträge für die Jahre 2007 und 2008 seien verjährt, da die Betriebsprüfung am 04.08.2011 begonnen, danach aber erst wieder im April 2012 fortgesetzt worden sei. Eine Hemmung der Verjährung durch die Prüfung sei daher nicht eingetreten.

Die Antragsgegnerin gab mit Bescheid vom 25.02.2013 dem Antrag auf Aussetzung der Vollziehung in Bezug auf die Gesamtsozialversicherungsbeiträge für die Jahre 2007 und 2008 (20.280,27 EUR) sowie die erhobenen Säumniszuschläge (25.727 EUR) in Höhe von insgesamt 46.007,27 EUR für die Dauer des Widerspruchsverfahrens statt und lehnte im Übrigen den Aussetzungsantrag ab. Mit einem weiteren Bescheid vom 15.03.2013 änderte die Antragsgegnerin den Bescheid vom 07.01.2013 ab und ermäßigte die Nachforderung auf den Betrag von 71.131,81 EUR. Sie hob die Festsetzung von Säumniszuschlägen auf, weil R und L Förderleistungen der Bundesagentur für Arbeit für Selbständige erhalten hätten. Daher könne ein Verschulden des Antragstellers, welches die Erhebung der Säumniszuschläge rechtfertige, nicht mehr angenommen werden. Eine Entscheidung über den Widerspruch des Antragstellers erging bislang nicht.

Am 07.03.2013 hat der Antragsteller beim Sozialgericht Reutlingen (SG) den Antrag gestellt, die Vollziehung des Gesamtsozialversicherungsbeitrags in Höhe von 50.851,54 EUR auszusetzen. Er hat zunächst auf seine Ausführungen im Verwaltungsverfahren verwiesen und den Antrag mit Schriftsatz vom 24.04.2013 ausführlich begründet (Bl 53/57 der SG-Akte). Das SG hat den Antrag mit Beschluss vom 13.05.2013 abgelehnt.

Am 04.06.2013 hat der Antragsteller Beschwerde eingelegt. Er trägt im Wesentlichen vor, R und L seien als selbständige Subunternehmer tätig geworden. Sie hätten Aufträge auch für andere Auftraggeber ausgeführt. Die Gewährung eines Existenzgründungszuschusses an R und L für die Aufnahme einer selbständigen Tätigkeit habe einen Tatbestand geschaffen, auf den er habe vertrauen dürfen. Außerdem sei ein etwaiger Anspruch der Antragsgegnerin auf Feststellung einer sozialversicherungsrechtlichen Beschäftigung verwirkt. Der zu beurteilende Sachverhalt sei der Antragsgegnerin aufgrund einer früheren Betriebsprüfung bekannt gewesen. Damals habe es keine Beanstandungen gegeben. Auf die Beurteilung der damaligen Betriebsprüfer habe er sich verlassen dürfen. Die Ansprüche für die Jahre 2007 und 2008 seien zudem verjährt. Die Vollziehung des Beitragsbescheides führe bei ihm auch zu einer unbilligen Härte. Die Beitragsschuld würde zur Insolvenz seines Unternehmens führen. Bereits jetzt liege eine rechnerische Überschuldung in Höhe von 115.287,70 EUR vor. Sein Jahresumsatz betrage durchschnittlich ca 1,4 Mio Euro. Zur Begleichung einer Umsatzsteuerschuld habe er im Jahr 2012 von seinem Prozessbevollmächtigten ein Darlehen von 12.000 EUR erhalten und zur Entlastung seines Kontokorrents ein weiteres privates Darlehen über 50.000 EUR. Von den Banken erhalte er kein Geld mehr.

Der Antragsteller beantragt,

den Beschluss des Sozialgerichts Reutlingen vom 13.05.2013 aufzuheben und die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs gegen den Bescheid der Antragsgegnerin vom 15.03.2013 in Höhe von 50.851,54 EUR anzuordnen.

Die Antragsgegnerin beantragt,

die Beschwerde des Antragstellers zurückzuweisen.

Sie ist der Auffassung, dass die Beitragsforderung in der zuletzt festgesetzten Höhe rechtmäßig ist und die Vollziehung auch keine unbillige Härte für den Antragsteller bedeuten würde. Für eine Stundung der Forderung sei die Einzugsstelle zuständig.

Hinsichtlich der weiteren Einzelheiten des Sachverhalts und des Vorbringens der Beteiligten wird auf die Akten des Senats und des SG sowie die Verwaltungsakten der Antragsgegnerin verwiesen.

II.

Die Beschwerde des Antragstellers ist nach [§ 172 Abs 1](#) Sozialgerichtsgesetz (SGG) statthaft, insbesondere nicht nach [§ 172 Abs 3 Nr 1 SGG](#) ausgeschlossen, da angesichts des Beschwerdewerts auch in der Hauptsache die Berufung zulässig wäre. Die Beschwerde ist zudem form- und fristgerecht eingelegt worden ([§ 173 SGG](#)). In Höhe von 20.280,27 EUR (Beiträge für die Jahre 2007 und 2008) hat der Antragsteller keinen Antrag gestellt. Insoweit hat die Antragsgegnerin mit Bescheid vom 26.02.2013 die Vollziehung nach [§ 86a Abs 3 SGG](#) ausgesetzt, allerdings nur für die Dauer des Widerspruchsverfahrens. Eine Entscheidung des Senats erfolgt daher nur über die Forderung in Höhe von 50.851,54 EUR.

Nach [§ 86a Abs 1 SGG](#) haben Widerspruch und Anfechtungsklage zwar grundsätzlich aufschiebende Wirkung. Diese entfällt jedoch gemäß [§ 86a Abs 2 Nr 1 SGG](#) bei der Entscheidung über Versicherungs-, Beitrags- und Umlagepflichten sowie der Anforderung von Beiträgen, Umlagen und sonstigen öffentlichen Abgaben einschließlich der darauf entfallenden Nebenkosten. Zu den Entscheidungen, die unter [§ 86a Abs 2 Nr 1 SGG](#) fallen, gehören auch Bescheide des Rentenversicherungsträgers, die - wie hier - auf der Grundlage von [§ 28p](#) Viertes Buch Sozialgesetzbuch (SGB IV) nach einer Prüfung beim Arbeitgeber ergehen (Beschlüsse des Senats vom 19.07.2012, [L 11 R 1789/12 ER-B](#), 11.05.2010, [L 11 KR 1125/10 ER-B](#), mwN und vom 29.07.2010, [L 11 R 2595/10 ER-B](#), alle veröffentlicht in juris).

Die Frage, ob die aufschiebende Wirkung von Widerspruch und Klage aufgrund von [§ 86b Abs 1 Nr 2 SGG](#) anzuordnen ist, ist anhand einer Interessenabwägung zu beurteilen. Die öffentlichen Interessen am sofortigen Vollzug des Verwaltungsaktes und die privaten Interessen an

der Aussetzung der Vollziehung sind gegeneinander abzuwägen. Dabei ist zu beachten, dass das Gesetz mit dem Ausschluss der aufschiebenden Wirkung dem öffentlichen Interesse einer sofortigen Vollziehung des angefochtenen Bescheids Vorrang vor dem Interesse des Betroffenen an einem Aufschub der Vollziehung einräumt. Diese typisierend zu Lasten des Einzelnen ausgestaltete Interessenabwägung kann aber auch im Einzelfall zugunsten des Betroffenen ausfallen. Die konkreten gegeneinander abzuwägenden Interessen ergeben sich in der Regel aus den konkreten Erfolgsaussichten des Hauptsachverfahrens, dem konkreten Vollziehungsinteresse und der für die Dauer einer möglichen aufschiebenden Wirkung drohenden Rechtsbeeinträchtigung (st Rspr des Senats; vgl Beschlüsse vom 06.05.2010, L 11 R 1806/10 ER-B, und 11.05.2010, [L 11 KR 1125/10 ER-B](#), veröffentlicht in juris). Dabei sind auch stets die Maßstäbe des [§ 86a Abs 3 Satz 2 SGG](#) zu berücksichtigen. Demgemäß hat eine Aussetzung der Vollziehung zu erfolgen, wenn ernstliche Zweifel an der Rechtmäßigkeit des angegriffenen Verwaltungsaktes bestehen oder wenn die Vollziehung für den Abgabepflichtigen eine unbillige, nicht durch überwiegende öffentliche Interessen gebotene Härte zur Folge hätte.

Der Senat geht in ständiger Rechtsprechung davon aus, dass bei Beitragsstreitigkeiten ernstliche Zweifel in Sinne des [§ 86a Abs 3 Satz 2 SGG](#) nur dann vorliegen, wenn ein Obsiegen des Antragstellers in der Hauptsache wahrscheinlicher ist als ein Unterliegen (vgl auch Beschluss des Senats vom 28.06.2010, L 11 R 1903/10 ER-B, nv). Andernfalls wäre in Beitragsangelegenheiten angesichts der vielfach in vorläufigen Rechtsschutzverfahren noch ungeklärten Verhältnisse eine Aussetzung der Vollziehung häufig durchsetzbar, was die Funktionsfähigkeit der Sozialversicherungsträger beeinträchtigen könnte (LSG Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 01.07.2004, [L 5 B 2/04 KR ER](#) mwN, juris). Insoweit müssen erhebliche Gründe für ein Obsiegen in der Hauptsache sprechen, damit die in [§ 86a Abs 2 Nr 1 SGG](#) vorgenommene gesetzliche Risikoverteilung geändert werden kann (Beschluss des Senats vom 19.07.2012, [L 11 R 1789/12 ER-B](#), juris). Die Wirkung der gerichtlich angeordneten aufschiebenden Wirkung des Widerspruchs tritt rückwirkend ab Erlass des mit dem Widerspruch angefochtenen Bescheides ein und endet in den Fällen, in denen Klage erhoben wird, erst mit Eintritt der Unanfechtbarkeit der Hauptsacheentscheidung (Beschlüsse des Senats vom 03.08.2012, [L 11 KR 2566/12 ER-B](#), juris; 11.05.2010, [L 11 KR 1125/10 ER-B](#), juris; LSG Baden-Württemberg 20.03.2006, [L 8 AS 369/06 ER-B](#), juris).

Nach dem gegenwärtigen Stand ist es für den Senat nicht überwiegend wahrscheinlich, dass der Widerspruch der Antragstellerin gegen den Bescheid vom 15.03.2013 Erfolg haben wird, soweit mit diesem Bescheid Beiträge in Höhe 50.851,54 EUR gefordert werden. Soweit mit dem Bescheid Gesamtsozialversicherungsbeiträge für die Jahre 2007 und 2008 über 20.280,27 EUR gefordert werden, käme dagegen eine Verjährung der Beitragsforderung in Betracht. Diese Beiträge sind aber - wie dargelegt - nicht Streitgegenstand des Beschwerdeverfahrens.

Rechtsgrundlage für den Erlass des angefochtenen Beitragsbescheides ist [§ 28p Abs 1 SGB IV](#). Danach prüfen die Träger der Rentenversicherung bei den Arbeitgebern, ob diese ihre Meldepflichten und ihre sonstigen Pflichten nach dem SGB IV erfüllen. Die Prüfung umfasst auch die Lohnunterlagen der Beschäftigten, für die Beiträge nicht gezahlt wurden. Die Träger der Rentenversicherung erlassen im Rahmen der Prüfung Verwaltungsakte 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](#) iVm [§ 89 Abs 5](#) Sozialgesetzbuch Zehntes Buch (SGB X) nicht. Für die Zahlung von Beiträgen von Versicherungspflichtigen aus Arbeitsentgelt zur gesetzlichen Rentenversicherung und Arbeitslosenversicherung gelten nach [§ 253](#) Fünftes Buch Sozialgesetzbuch (SGB V) und [§ 174 Abs 1](#) Sechstes Buch Sozialgesetzbuch (SGB VI) die Vorschriften über den Gesamtsozialversicherungsbeitrag ([§§ 28d](#) bis [28n](#) und [28r SGB IV](#)). Diese Vorschriften gelten nach [§§ 1 Abs 1 Satz 2 SGB IV](#), [§ 348 Abs 2](#) Drittes Buch Sozialgesetzbuch (SGB III) auch für die Arbeitsförderung.

Personen, die gegen Arbeitsentgelt beschäftigt sind, unterliegen in der Renten- und Arbeitslosenversicherung der Versicherungs- bzw Beitragspflicht ([§ 5 Abs 1 Nr 1 SGB V](#), [§ 1 Satz 1 Nr 1 SGB VI](#), [§ 25 Abs 1 SGB III](#)). Beurteilungsmaßstab für das Vorliegen einer (abhängigen) Beschäftigung ist [§ 7 Abs 1 SGB IV](#). Danach ist Beschäftigung die nichtselbstständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis ([§ 7 Abs 1 Satz 1 SGB IV](#)). Nach der ständigen Rechtsprechung des BSG 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 - vornehmlich bei Diensten höherer Art - 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 Arbeitsleistung und hängt davon ab, welche Merkmale überwiegen (stRspr; vgl zum Ganzen zB zuletzt BSG 29.08.2012, [B 12 KR 25/10 R](#), SozR 4-2400 § 7 Nr 17 mwN).

Bereits aus diesen Grundsätzen folgt, dass nicht entscheidend ist, ob der Beschäftigte von einem anderen Träger der Sozialversicherung eine Leistung erhält oder erhalten hat, zu deren Voraussetzung die Aufnahme oder Ausübung einer selbstständigen Tätigkeit gehört. Deshalb zwingt die Tatsache, dass zumindest L, vielleicht auch R, von der Bundesagentur für Arbeit einen Existenzgründungszuschuss erhalten hat, nicht zur Annahme einer selbstständigen Tätigkeit. Die Regelung der Bundesagentur für Arbeit erschöpft sich in diesem Fall in der Gewährung einer Sozialleistung. Sie enthält keine Feststellung, dass die Tätigkeit, für die der Zuschuss gewährt wird, eine selbstständige Tätigkeit ist. Zu einer die Antragsgegnerin rechtlich bindenden Entscheidung war die Bundesagentur für Arbeit auch gar nicht befugt.

Ob eine Beschäftigung vorliegt, ergibt sich aus dem Vertragsverhältnis der Beteiligten, so wie es im Rahmen des rechtlich Zulässigen tatsächlich vollzogen worden ist. Ausgangspunkt ist daher zunächst das Vertragsverhältnis der Beteiligten, so wie es sich aus den von ihnen getroffenen Vereinbarungen ergibt oder sich aus ihrer gelebten Beziehung erschließen lässt. Eine im Widerspruch zu ursprünglich getroffenen Vereinbarungen stehende tatsächliche Beziehung und die hieraus gezogene Schlussfolgerung auf die tatsächlich gewollte Natur der Rechtsbeziehung geht der nur formellen Vereinbarung vor, soweit eine - formlose - Abbedingung rechtlich möglich ist. Umgekehrt gilt, dass die Nichtausübung eines Rechts unbeachtlich ist, solange diese Rechtsposition nicht wirksam abbedungen ist. Zu den tatsächlichen Verhältnissen in diesem Sinne gehört daher unabhängig von ihrer Ausübung auch die einem Beteiligten zustehende Rechtsmacht. In diesem Sinne gilt, dass die tatsächlichen Verhältnisse den Ausschlag geben, wenn sie von Vereinbarungen abweichen. Maßgeblich ist die Rechtsbeziehung so wie sie praktiziert wird und die praktizierte Beziehung so wie sie rechtlich zulässig ist (st Rspr des BSG seit mindestens 2008, vgl auch hierzu BSG 29.08.2012, aaO).

Nach im Eilverfahren gebotener, aber auch ausreichender summarischer Prüfung bestehen keine ernstlichen Zweifel an der Rechtmäßigkeit

des angegriffenen Verwaltungsaktes, soweit dieser im vorliegenden Verfahren zur Überprüfung steht. Zwischen den als Fahrer beschäftigten R und L und dem Antragsteller bestanden abhängige, sozialversicherungspflichtige Beschäftigungsverhältnisse.

Die Tätigkeit als Lkw- oder Pkw-Fahrer bzw Fahrer eines Transporters kann sowohl im Rahmen eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses (vgl allgemein zu Fahrertätigkeiten: BSG 11.03.2009, [B 12 KR 21/07 R](#), juris; LSG Baden-Württemberg 23.01.2004, [L 4 KR 3083/02](#), 21.11.2008, [L 4 KR 4098/06](#), 12.12.2008, [L 4 R 3542/05](#), alle in juris) als auch im Rahmen eines freien Dienstverhältnisses als selbstständige Tätigkeit (vgl zu Fahrertätigkeiten: BSG, 27.11.1980, [8a RU 26/80](#), SozSich 1981, 220, LSG Nordrhein-Westfalen, 13.09.2007, [L 5 R 5/06](#), juris, Bayerisches LSG 17.11.2006, [L 5 KR 293/05](#), juris) ausgeübt werden. Vorliegend überwiegen nach Auffassung des Senats die Merkmale, die für eine abhängige Beschäftigung sprechen, diejenigen, die für eine selbstständige Tätigkeit sprechen.

Schriftliche Vereinbarungen zwischen dem Antragsteller sowie R und L liegen nicht vor. Abzustellen ist deshalb auf das Gesamtbild der tatsächlichen Verhältnisse. Danach besteht für den Senat kein Zweifel, dass R und L mit ihrer Fahrertätigkeit in die vorgegebene Ordnung des vom Antragsteller geführten Betriebes eingegliedert waren und die Fahrten nach dessen Weisung auszuführen hatten. Bereits aus dem Vorbringen des Antragstellers ist nicht zu erkennen, welchen Entscheidungsspielraum R und L in Bezug auf ihre Tätigkeit gehabt haben sollen. Der Umstand, dass sie möglicherweise auch oder nur zur Vertretung bei Krankheit und Urlaub festangestellter Mitarbeiter des Antragstellers eingesetzt wurden, ist unerheblich. Dies ist sogar eher ein Indiz für das Vorliegen einer abhängigen Beschäftigung, weil ihre Arbeit in diesem Fall ebenso zu bewerten ist wie die Arbeit derer, die sie vertreten haben. Hierzu hat der Antragsteller im Fragebogen vom 09.08.2012 ausgeführt: "Es handelt sich um Fahrertätigkeiten. Die Subunternehmer werden nur auf Zuruf eingesetzt, um Krankheits- und Urlaubszeiten der Mitarbeiter abzudecken." Auch bei einer Tätigkeit als Aushilfe erfolgt eine Eingliederung in die Organisation des Auftraggebers; abzustellen ist insoweit auf den einzelnen Auftrag (vgl Urteil des Senats vom 11.10.2006, [L 11 KR 848/03](#)). Für die Statusabgrenzung ist sowohl nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (BAG) als auch nach der Rechtsprechung des BSG nicht entscheidend, an wie vielen verschiedenen Vorhaben der Betreffende teilgenommen hat und ob er auch für andere Auftraggeber tätig ist bzw war (BAG 09.10.2002, [5 AZR 405/01](#), juris Rz 23). Erforderlich ist selbst im Rahmen eines Dauerrechtsverhältnisses stets eine Bewertung der einzelnen Arbeitseinsätze (BSG 28.05.2008, [B 12 KR 13/07 R](#), juris RdNr 26). Dem hat sich der Senat angeschlossen (Urteil vom 14.02.2012, [L 11 KR 3007/11](#), juris).

R und L haben kein für die Selbstständigkeit typisches Unternehmerrisiko getragen. Dabei geht auch der Senat davon aus, dass die Benutzung eines eigenen Kraftfahrzeugs und die damit einhergehende Lastentragung in Verbindung mit anderen Gesichtspunkten für eine selbstständige Tätigkeit sprechen können (BSG, Urteil vom 19. August 2003 - [B 2 U 38/02 R](#) - [SozR 4-2700 § 2 Nr. 1](#) mwN). Ein solcher Sachverhalt ist hier aber nicht gegeben. R und L verfügten nicht über ein eigenes Kraftfahrzeug, sondern führten die Fahrten mit den Transportern des Antragstellers durch. Dies hat der Antragsteller gegenüber der Antragsgegnerin ausdrücklich bestätigt. Im Fragebogen vom 09.08.2012 führte der Antragsteller aus: "Es wurde eine Stundenabrechnung vereinbart, die auf Nachweis bezahlt wurde. Da die Subunternehmer mit meinen Fahrzeugen gefahren sind, haben sie auf meine Rechnung getankt. Nein, die Subunternehmer haben von mir jeweils die Fzg bekommen, die für die Tour notwendig waren. Im Lebensmittelbereich sind andere Fzg im Einsatz als bei den Posttouren. Die Fzg durfte der Subunternehmer nur für meinen Betrieb nutzen, ohne Entgelt." Ob R und L überhaupt als Unternehmer hätten tätig werden dürfen oder ob sie hierfür eine Erlaubnis nach dem Güterkraftverkehrsgesetz benötigt hätten, kann deshalb offen bleiben.

Die Abrechnung nach der Anzahl der geleisteten Stunden führt im vorliegenden Fall ebenfalls nicht dazu, ein Unternehmerrisiko anzunehmen. Zwar tragen sog freie Mitarbeiter ein Unternehmerrisiko, wenn der Erfolg des Einsatzes ihrer Arbeitskraft ungewiss ist; das gilt namentlich, wenn ihnen kein Mindesteinkommen garantiert ist. Das Risiko, das der Selbständige in solchen Fällen trägt, betrifft die Verwertbarkeit seiner Arbeitskraft. Er kann eine Vergütung nur beanspruchen, wenn er eine bestimmte Leistung auch erbringt, wogegen dem abhängig Beschäftigten ein Lohnanspruch schon dann zusteht, wenn er sich arbeitsbereit hält (Urteil des Senats vom 17.01.2012, [L 11 R 5681/09](#) mit Verweis auf BSG 27.03.1980, [12 RK 26/79](#), juris mwN). Dieser Gesichtspunkt ist bei Aushilftätigkeiten, die von vornherein nur einen begrenzten Umfang haben, von untergeordneter Bedeutung. Im Übrigen trug der Antragsteller das Risiko, dass sich eine Fahrt durch äußere Umstände (hohes Verkehrsaufkommen, Stau usw) verzögerte, weil die Beschäftigten nicht nach den gefahrenen Kilometern, sondern nach der Dauer ihrer Tätigkeit entlohnt wurden. Ihr Risiko bestand lediglich darin, überhaupt eine Tätigkeit zugewiesen zu bekommen. Das Risiko, überhaupt eine Arbeit zu finden, trägt aber auch jeder Arbeitnehmer.

Die Beitragsforderung ist auch nicht verwirkt. Das Rechtsinstitut der Verwirkung ist als Ausprägung des Grundsatzes von Treu und Glauben ([§ 242 BGB](#)) auch im Sozialversicherungsrecht anerkannt (stRspr, vgl BSG 27.07.2011, [B 12 R 16/09 R](#), juris, mwN). Die Verwirkung setzt als Unterfall der unzulässigen Rechtsausübung voraus, dass der Berechtigte die Ausübung seines Rechts während eines längeren Zeitraums unterlassen hat und weitere besondere Umstände hinzutreten, die nach den Besonderheiten des Einzelfalls und des in Betracht kommenden Rechtsgebiets das verspätete Geltendmachen des Rechts nach Treu und Glauben dem Verpflichteten gegenüber als illoyal erscheinen lassen (hierzu ausführlich BSG 01.07.2010, [B 13 R 67/09 R](#), juris). Solche, die Verwirkung auslösenden "besonderen Umstände" liegen vor, wenn der Verpflichtete infolge eines bestimmten Verhaltens des Berechtigten (Verwirkungsverhalten) darauf vertrauen durfte, dass dieser das Recht nicht mehr geltend machen werde (Vertrauensgrundlage) und der Verpflichtete tatsächlich darauf vertraut hat, dass das Recht nicht mehr ausgeübt wird (Vertrauensstatbestand) und sich infolge dessen in seinen Vorkehrungen und Maßnahmen so eingerichtet hat (Vertrauensverhalten), dass ihm durch die verspätete Durchsetzung des Rechts ein unzumutbarer Nachteil entstehen würde (BSG 27.07.2011, [B 12 R 16/09 R](#), juris, mwN).

Eine Verwirkung scheidet daran, dass kein Verwirkungsverhalten der Antragsgegnerin oder eines anderen Sozialversicherungsträgers vorliegt. Die Betriebsprüfung im Jahr 2007 begründete keinen Vertrauensstatbestand. Sie betraf zunächst ohnehin nur die Zeiten vor 2007. Zudem hatte die Antragsgegnerin zu keinem Zeitpunkt vor der hier streitgegenständlichen Betriebsprüfung in Bescheiden konkrete Aussagen zur Kranken- und Pflegeversicherungspflicht von R und L gemacht. Es ist auch keine Bewertung der sonstigen Subunternehmer vorgenommen worden. Dies folgt aus dem Vortrag des Antragstellers. Im Schriftsatz seines Bevollmächtigten vom 29.11.2012 (Bl 76 der Verwaltungsakte) wird ausdrücklich bestätigt, dass der damalige Bescheid vom 25.10.2007 zu den Subunternehmern keine Prüfungsfeststellungen enthalten habe. Allein aus dem Umstand, dass Betriebsprüfungen stattfanden, die nicht zu Beanstandungen geführt haben, kann der Antragsteller kein schützenswertes Vertrauen ableiten. Betriebsprüfungen haben - wie eingangs bereits dargelegt - nur eine Kontrollfunktion, nämlich einerseits Beitragsausfälle zu verhindern, andererseits die Sozialversicherungsträger davor zu bewahren, dass aus der Annahme von Beiträgen für nicht versicherungspflichtige Personen Leistungsansprüche entstehen. Eine über diese Kontrollfunktion

hinausgehende Bedeutung kommt den Betriebsprüfungen nicht zu. Sie sollen insbesondere nicht eine Schutzfunktion gegenüber Arbeitgebern erfüllen oder diesen gar "Entlastung" erteilen (BSG 14.07.2004, [B 12 KR 1/04 R](#), [SozR 4-2400 § 22 Nr 2](#)).

Genauso kommt den Prüfberichten keine weitergehende Bedeutung zu. Selbst Nachforderungsbescheide bezwecken nicht den Schutz vor etwaigen weiteren Nachforderungen für den geprüften Zeitraum. Nur wenn im Nachforderungsbescheid ausdrücklich eine Einzelfallregelung dahingehend getroffen wird, dass es mit der verfügten Nachforderung für den Prüfzeitraum sein Bewenden haben und eine weitere Nachforderung nicht stattfinden soll, kann anderes gelten (LSG Baden-Württemberg 13.04.2011, [L 5 R 1004/10](#), juris). Dies gilt auch in kleinen Betrieben. Die Prüfbehörden sind bei Arbeitgeberprüfungen nach [§ 28p SGB IV](#) auch in kleinen Betrieben zu einer vollständigen Überprüfung der versicherungsrechtlichen Verhältnisse aller Versicherten nicht verpflichtet (BSG 14.07.2004, [B 12 KR 1/04 R](#), [BSGE 93, 119](#)). Ein schützenswertes Vertrauen in Betriebsprüfungen besteht selbst dann nicht, wenn (zeitweise) nur eine Person sozialversicherungspflichtig beschäftigt war. Im Zweifelsfall hätte im Übrigen sowohl der Kläger als Arbeitgeber als auch R und L als Arbeitnehmer die Möglichkeit gehabt, nach [§ 7a SGB IV](#) oder [§ 28h Abs 2 Satz 1 SGB IV](#) rechtzeitig eine Entscheidung durch Verwaltungsakt herbeizuführen (vgl BSG 14.07.2004, [B 12 KR 1/04 R](#), [SozR 4-2400 § 22 Nr 2](#); BSG 29.07.2003, [B 12 AL 1/02 R](#), [SozR 4-2400 § 27 Nr 1](#) mwN).

Unabhängig vom Streitgegenstand des Verfahrens gibt der Senat zu bedenken, dass die Beiträge für die Jahre 2007 und 2008 möglicherweise verjährt sind.

Nach [§ 25 Abs 1 SGB IV](#) verjähren Ansprüche auf Beiträge in vier Jahren nach Ablauf des Kalenderjahres, in dem sie fällig geworden sind. Beitragsansprüche der Versicherungsträger entstehen nach [§ 22 Abs 1 SGB IV](#), sobald ihre im Gesetz oder aufgrund eines Gesetzes bestimmten Voraussetzungen vorliegen und der Anspruch des Arbeitnehmers auf Arbeitsentgelt entstanden ist. Nach [§ 23 Abs 1 Satz 1 SGB IV](#) (in der bis 31.12.2008 geltenden Fassung) werden laufende Beiträge, die geschuldet werden, entsprechend den Regelungen der Satzung der Kranken- und Pflegekasse fällig. Nach der ab 01.01.2006 geltenden Fassung des [§ 23 Abs 1 Satz 2 SGB IV](#) werden Beiträge, die nach dem Arbeitsentgelt oder dem Arbeitseinkommen zu bemessen sind, in voraussichtlicher Höhe der Beitragsschuld spätestens am drittletzten Bankarbeitstag des Monats fällig, in dem die Beschäftigung oder Tätigkeit, mit der das Arbeitsentgelt oder das Arbeitseinkommen erzielt wird, ausgeübt worden ist oder als ausgeübt gilt. Die Verjährungsfrist für die Beiträge der Jahre 2007 und 2008 wäre demnach Ende 2011 bzw 2012 abgelaufen; zu einer Hemmung der Verjährung gemäß [§ 52 Abs 1 Satz 1 SGB X](#) durch Erlass des Bescheides vom 15.03.2013 würde es nicht mehr kommen.

Ob eine Hemmung der Verjährung nach [§ 25 Abs 2 Satz 2 SGB IV](#) erfolgt ist, erscheint zweifelhaft. Nach dieser Regelung ist die Verjährung für die Dauer einer Prüfung beim Arbeitgeber gehemmt. Die Hemmung beginnt mit dem Tag des Beginns der Betriebsprüfung beim Arbeitgeber oder bei der vom Arbeitgeber mit der Lohn- und Gehaltsabrechnung beauftragten Stelle und endet mit der Bekanntgabe des Beitragsbescheides, spätestens nach Ablauf von sechs Kalendermonaten nach Abschluss der Prüfung ([§ 25 Abs 2 Satz 4 SGB IV](#)). Die Betriebsprüfung begann am im August 2011 beim Steuerberater des Antragstellers. Allerdings wurden danach keine nennenswerten Prüfschritte mehr durchgeführt. Im Januar, April und August 2012 erfolgten lediglich Anforderungen und Erinnerungsschreiben durch die Antragsgegnerin. Unklar ist vor allem, weshalb die Erhebungen, die durch die Versendung der Fragebogen im August 2012 erfolgt sind, nicht schon im August 2011 durchgeführt wurden. Dies könnte dazu führen, dass die Betriebsprüfung mehr als sechs Monate faktisch unterbrochen war. Ob dies der Fall war und inwieweit dadurch die Verjährung nach [§ 25 Abs 2 Satz 3 SGB IV](#) gehemmt wurde, ist nicht streitgegenständlich und bleibt deshalb ohnedies der Entscheidung im Hauptsacheverfahren vorbehalten.

Die Vollziehung des Beitragsbescheides über eine Forderung von 50.851,54 EUR bedeutet für den Antragsteller keine unbillige Härte. Zur Auslegung dieses unbestimmten Rechtsbegriffs hat sich der Senat der vom LSG Nordrhein-Westfalen für die Vollziehung von Beitragsbescheiden vertretenen Rechtsauffassung angeschlossen (Beschluss vom 16.08.2013, [L 11 R 3031/13 ER](#)). Danach führen allein die mit der Zahlung auf eine Beitragsforderung für den Antragsteller verbundenen wirtschaftlichen Konsequenzen nicht zu einer solchen Härte, da sie lediglich Ausfluss der Erfüllung gesetzlich auferlegter Pflichten sind. Aus demselben Grund begründet auch die Höhe einer Beitragsforderung allein keine unbillige Härte. Darüber hinausgehende, nicht oder nur schwer wiedergutzumachende Nachteile durch eine Zahlung müssen vom Antragsteller substantiiert dargelegt werden. Diese müssen darüber hinaus auch noch das Interesse an der aktuellen Einziehung der Forderung überwiegen. Das Interesse an einer zeitnahen Durchsetzbarkeit der Beitragsforderung kann oft gerade dann hoch sein, wenn der Antragsteller behauptet, dass Zahlungsunfähigkeit drohe. Gerade in einer solchen Situation sind die Versicherungsträger gehalten, die Beiträge rasch einzutreiben, um die Funktionsfähigkeit der Sozialversicherung sicherzustellen. Eine beachtliche Härte in diesem Sinne ist also regelmäßig nur dann denkbar, wenn es dem Beitragsschuldner gelänge darzustellen, dass das Beitreiben der Forderung aktuell die Zerstörung seiner Lebensgrundlage zur Folge hätte, die Durchsetzbarkeit der Forderung bei einem Abwarten der Hauptsache aber zumindest nicht weiter gefährdet wäre als zur Zeit. Hierzu ist es erforderlich, dass der Antragsteller - anhand von Anknüpfungstatsachen nachvollziehbar - zumindest seine Einkommens und Vermögenssituation umfassend darstellt (zum Ganzen LSG Nordrhein-Westfalen 10.01.2012, [L 8 R 774/11 ER-B](#), juris).

Soweit der Antragsteller eine eingetretene oder drohende Überschuldung geltend macht, lässt sich damit bei einem nach [§ 238 Handelsgesetzbuch \(HGB\)](#) buchführungspflichtigen Kaufmann eine unbillige Härte nicht begründen. Denn die Aussetzung der Vollziehung würde an einer Überschuldung nichts ändern. Sofern die nicht abgeführten Sozialabgaben als gewisse Verbindlichkeiten betrachtet werden, müssen sie in dem Wirtschaftsjahr berücksichtigt werden, in dem sie entstanden sind. Sind sie als ungewisse Verbindlichkeiten zu werten, da der Beitragsbescheid noch nicht bestandskräftig ist, müssten sie entweder im Jahr 2012 (Beginn der Betriebsprüfung) oder im Jahr 2013 (Erlass des Beitragsbescheides) in Form von Rückstellungen in der Buchführung berücksichtigt (passiviert) werden (vgl BFH 16.02.1996, [IR 73/95](#), [BFHE 180, 110](#)). Bilanzierende Gewerbetreibende haben für ungewisse Verbindlichkeiten nach [§ 249 Abs 1 Satz 1 iVm § 252 Abs 1 Nr 4 HGB](#) handelsrechtlich und in derselben Höhe nach [§ 5 Abs 1 EStG](#) auch steuerrechtlich eine Rückstellung zu bilden. Ungewiss ist eine Verbindlichkeit in diesem Sinne, wenn entweder eine Verbindlichkeit bereits besteht, deren Höhe aber noch nicht feststeht, oder wenn eine Verbindlichkeit zwar noch nicht begründet wurde, ihr Entstehen dem Grunde und/oder der Höhe nach aber hinreichend wahrscheinlich ist (BFH 27.06.2001, [IR 45/97](#), [BFHE 196, 216](#); FG Berlin 17.12.2004, [8 B 8279/02](#), juris). Mit dem Beitragsbescheid vom 15.03.2013 wurde eine derartige ungewisse Verbindlichkeit festgestellt. Der Antragsteller muss bis zur rechtskräftigen Beendigung des Rechtsstreits ernstlich mit dem Bestehen der Beitragsforderung rechnen. Die Anordnung der aufschiebenden Wirkung der Vollziehung würde die Passivierungspflicht jedoch nicht beseitigen, sondern hätte nur zur Folge, dass die Antragsgegnerin an einer Vollziehung des Bescheides durch hoheitliches Handeln (zB Zwangsvollstreckung) gehindert ist. Die Anordnung der aufschiebenden Wirkung würde noch nicht einmal die Fälligkeit der Beitragsforderung verschieben (vgl BVerwG 20.11.2008, [3 C 13/08](#), [BVerwGE 132, 250](#)). Die Fälligkeit der Beitragsforderung beruht auf dem

Gesetz und wurde nicht erst durch den Beitragsbescheid herbeigeführt. Anders wäre dies im Falle einer - nur über [§ 76 Abs 2 Satz 1 Nr 1 SGB IV](#) erreichbaren - Stundung. Die Stundung führt zu einer Verschiebung der Fälligkeit (BSG 21. 07.2005, B [11a/11 AL 53/04 R](#), [SozR 4-4300 § 183 Nr 5](#); Baier in Krauskopf, Soziale Krankenversicherung Pflegeversicherung, [§ 76 SGB IV](#) Rz 7). Überdies ist eine Überschuldung nur bei juristischen Personen ein Grund zur Eröffnung eines Insolvenzverfahrens ([§ 19 InsO](#)).

Der Senat ist ferner der Auffassung, dass im vorliegenden Fall eine durch die Vollziehung der Beitragsschuld in Höhe von 50.851,54 EUR drohende Zahlungsunfähigkeit nicht glaubhaft gemacht ist (allgemein zum Begriff der Zahlungsunfähigkeit nach der Insolvenzordnung BGH 24.05.2005, [IX ZR 123/04](#), [BGHZ 163, 134](#)). Der Antragsteller hat zwar vorgetragen und durch einen Kontoauszug vom 01.08.2013 belegt, dass er den ihm eingeräumten Kontokorrentkredit der Kreissparkasse R. von 210.000 EUR in vollem Umfang in Anspruch genommen hat. Ferner hat der bevollmächtigte Steuerberater dargelegt, dass der Antragsteller zur Entlastung des Kontokorrents bereits ein Privatdarlehen von 50.000 EUR aufgenommen hat. Der Senat geht derzeit davon aus, dass diese Angaben zutreffen. Daraus folgt aber noch keine mangelnde Liquidität. Zudem wird nach den eigenen Angaben des Antragstellers im Schriftsatz vom 14.08.2013 das Geschäftsjahr 2012 wieder positive Überschüsse liefern und im Jahr 2014 werden mehrere Lkw-Finanzierungen auslaufen, was zu einer Liquiditätsverbesserung führen werde. Bei Umsatzerlösen über 1,5 Mio EUR (Bl 1 des vorgelegten Jahresabschlusses zum 31.12.2011) ist eine drohende Zahlungsunfähigkeit iS einer mangelnden Liquidität derzeit nicht zu erkennen. Außerdem konnte der Antragsteller den Kreditrahmen in der Vergangenheit offenbar problemlos erhöhen. In der Vermögensaufstellung mit Stand 31.12.2012 (Bl 39 der Senatsakte) belief sich der eingeräumte Kredit auf 180.000 EUR und im Kontoauszug vom 01.08.2013 (Bl 62 der Senatsakte) auf 210.000 EUR.

Der Antragsteller hat bislang auch keine ausreichenden Bemühungen unternommen, bei der Einzugsstelle eine Stundung der Forderung zu erreichen. Dabei hat die Antragsgegnerin den Antragsteller mit der teilweisen Aussetzung der Vollziehung durch Bescheid vom 26.02.2013 ausdrücklich auf diese Möglichkeit hingewiesen.

Der Hinweis des Antragstellers auf die Entscheidung des BVerfG vom 22.09.2009 ([1 BvR 1305/09](#), juris), wonach die Anforderung einer Sicherheitsleistung nicht erfolgen darf, wenn sie mit Rücksicht auf die wirtschaftlichen Verhältnisse des Steuerpflichtigen eine unbillige Härte für ihn bedeuten würde, geht fehl. Denn sie bezieht sich nicht auf Fälle, in denen keine ernstlichen Zweifel an der Rechtmäßigkeit der Steuerfestsetzung bestehen. So führt das BVerfG in der genannten Entscheidung aus (Rz 17): Insbesondere in den Fällen, in denen wegen ernstlicher Zweifel an der Rechtmäßigkeit der Steuerfestsetzung eine Aussetzung erfolgen soll ([§ 69 Abs. 2 Satz 2 FGO](#)), wäre es im Allgemeinen unverhältnismäßig, dem Steuerpflichtigen die Aussetzung der Vollziehung zu versagen, wenn seine wirtschaftlichen Verhältnisse die Leistung einer Sicherheit nicht zulassen. Im vorliegenden Fall bestehen jedoch an der Rechtmäßigkeit der Beitragsforderung in Höhe von 50.851,54 keine ernstlichen Zweifel.

Die Kostenentscheidung beruht auf [§ 197a SGG](#).

Die Festsetzung des Streitwertes für das Beschwerdeverfahren erfolgt nach [§ 197a SGG](#) iVm [§§ 47 Abs 2 Satz 1](#), [52 Abs 3](#), [53 Abs 2 Nr 4](#) Gerichtskostengesetz (GKG). Es entspricht der Senatspraxis, im einstweiligen Rechtsschutz einen geringeren Streitwert anzunehmen als im Hauptsacheverfahren. In Beitragsstreitigkeiten der vorliegenden Art bemisst der Senat inzwischen den Streitwert nach einem Viertel des Hauptsachestreitwertes (vgl Beschluss vom 16.08.2013, [L 11 R 3031/13 ER](#)), dies sind hier ein Viertel von 50.851,54 EUR, also 12.712,89 EUR.

Der Beschluss ist nicht anfechtbar ([§ 177 SGG](#)).

Rechtskraft

Aus

Login

BWB

Saved

2013-11-15