

L 11 R 3383/14 ER-B

Land

Baden-Württemberg

Sozialgericht

LSG Baden-Württemberg

Sachgebiet

Rentenversicherung

Abteilung

11

1. Instanz

SG Ulm (BWB)

Aktenzeichen

S 7 R 1875/14 ER

Datum

25.06.2014

2. Instanz

LSG Baden-Württemberg

Aktenzeichen

L 11 R 3383/14 ER-B

Datum

01.09.2014

3. Instanz

Bundessozialgericht

Aktenzeichen

-

Datum

-

Kategorie

Beschluss

Die Beschwerde der Antragstellerin gegen den Beschluss des Sozialgerichts Ulm vom 25.06.2014 wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Beschwerdeverfahrens trägt die Antragstellerin.

Der Streitwert wird für das Antrags- und das Beschwerdeverfahren auf je 3.418,76 EUR festgesetzt.

Gründe:

I.

Die Antragstellerin erstrebt die Anordnung der aufschiebenden Wirkung ihres Widerspruchs gegen einen Beitragsbescheid der Antragsgegnerin.

Die Antragstellerin ist Inhaberin der Firma K. Reisen in M ... Ihr Ehemann, der auf der Homepage der Antragstellerin als Mitarbeiter ihres Unternehmens bezeichnet wird, war (und ist) außerdem (einziger) Geschäftsführer der A. Fahrschule L. T. D. GmbH in S. G. (Handelsregister B des Amtsgerichts Ulm HRB ...). In den Jahren 2009 bis 2012 verfügte der Betrieb der Antragstellerin zunächst über zwei (bis Dezember 2010) danach noch über einen Omnibus. Damit fuhr sie keinen Linienverkehr, sondern nur Gelegenheitsverkehre in Form der Ausflugsfahrt und der Ferienziel-Reise (vgl § 48 Personenbeförderungsgesetz). Teilweise gab sie für Reiseanfragen, die auf einer Internetplattform (www.b ...de) eingestellt waren, Angebote ab. Erhielt ihre Firma den Zuschlag, führten vorrangig sie, ihr Ehemann oder bei der Antragstellerin festangestellte Fahrer die Fahrten durch. Bis Februar 2011 hatte die Antragstellerin außerdem noch zwei Lastkraftwagen (Lkw), mit denen sie vor allem für eine andere Firma Transporte durchführte. Wurden zusätzliche Fahrer für Omnibusfahrten benötigt, setzte sie in den Jahren 2009 bis 2012 als Fahrer G. T. P., A. N., K. H. und O. H. ein. Sie und die Fahrer gingen dabei davon aus, dass die Fahrer als selbständige Subunternehmer tätig werden. Die Fahrer wurden deshalb nicht zur Sozialversicherung gemeldet und es wurden auch keine Sozialversicherungsbeiträge abgeführt.

G. T. P. war bei der A. Fahrschule Learn T. D. als angestellter, sozialversicherungspflichtig beschäftigter Fahrlehrer für alle Klassen tätig. Er wurde neben dieser Tätigkeit auf Bitten der Antragstellerin zusätzlich für ihr Unternehmen als (erster oder zweiter) Omnibusfahrer tätig. Außerdem führte er auch für andere Firmen Fahrten durch. A. N. war im fraglichen Zeitraum selbständiger Taxiunternehmer. Bei Bedarf machte er für die Antragstellerin Touren mit dem Reisebus. K. H. war bei einer anderen Firma abhängig (sozialversicherungspflichtig) beschäftigt. Er hatte in der A. Fahrschule L. T. D. seinen Busführerschein gemacht und wurde für die Antragstellerin ebenfalls bei Bedarf als Fahrer eines Reisebusses tätig. Er hatte zwei selbständige Gewerbe - Dienstleistungen für Fahrdienste und weitere Dienstleistungen, sowie Photovoltaik - angemeldet. O. H. ist von Beruf Elektrotechniker. Er hatte als Gewerbe angemeldet: Dienstleistungen wie Fahraufträge für Kunden mit eigenem oder fremden Fahrzeug (Pkw und Lkw); Beratung und Vermittlung für Photovoltaikanlagen. Er war in den Jahren 2009 bis 2012 für verschiedene Auftraggeber tätig und teilweise auch abhängig beschäftigt. Keiner der genannten Fahrer war verpflichtet, Aufträge der Antragstellerin anzunehmen. Die Bezahlung erfolgte nach Anzahl der geleisteten Fahrstunden, die den Fahrtenschreibern der Busse entnommen werden konnten. Die Kosten für die Busse (Treibstoff, Steuer, Versicherung etc) trug die Antragstellerin. Ebenso erhielten die Fahrer bei mehrtägigen Touren die Kosten der Unterkunft erstattet. Die Fahrer stellten der Antragstellerin für ihre Leistungen Rechnungen inklusive Mehrwertsteuer.

Nach einem Hinweis des Hauptzollamts U., welches eine Prüfung der Geschäftsunterlagen bei der Antragstellerin auf der Grundlage der §§ 2 ff des Gesetzes zur Bekämpfung der Schwarzarbeit und illegalen Beschäftigung (SchwarzArbG) vorgenommen hatte, führte die

Antragsgegnerin am 18.12.2013 bei der Antragstellerin eine Betriebsprüfung nach [§ 28 p](#) Viertes Buch Sozialgesetzbuch - Gemeinsame Vorschriften für die Sozialversicherung - (SGBIV) durch. Die Prüfung umfasste den Zeitraum vom 01.10.2009 bis zum 31.12.2012. Nach einer Anhörung der Antragstellerin forderte die Antragsgegnerin mit Bescheid vom 05.03.2014 von der Antragstellerin Beiträge zur Sozialversicherung sowie Umlagen in Höhe von insgesamt 13.675,04 EUR; darin enthalten sind Säumniszuschläge iHv 3.016,00 EUR. Die Gesamtforderung setzte sich aus folgenden Einzelforderungen zusammen:

Beitrag für B., M. 2012 358,70 EUR Umlagen U 1 und U 2 für das Jahr 2011 56,18 EUR Umlagen U 1 und U 2 für das 2012 1.106,40 EUR Säumniszuschläge für die Jahre 2011 und 2012 274,00 EUR Korrektur Beitragsnachweis - Rentenversicherung - 2012 20,00 EUR Korrektur Beitragsnachweis - Umlagen U 1 und U 2 - 2010 13,29 EUR Korrektur Beitragsnachweis - Umlagen U 1 und U 2 - 2011 10,24 EUR Zwischensumme 1.838,81 EUR Beiträge für H. 2010 und 2011 4.809,36 EUR Säumniszuschläge für H. 1.511,50 EUR Beiträge für H. 2012 297,26 EUR Säumniszuschläge für H. 49,00 EUR Beiträge für H. 2010 und 2011 472,04 EUR Säumniszuschläge für H. 141,50 EUR Beiträge für N. und P. 2010 bis 2012 3.515,57 EUR Säumniszuschläge für N. 1.040,00 EUR Zwischensumme Beiträge 9.094,23 EUR Zwischensumme Säumniszuschläge 2.742,00 EUR

Für A. N. wurden keine Beiträge zur gesetzlichen Krankenversicherung (GKV) und zur sozialen Pflegeversicherung gefordert. Die Antragsgegnerin ging davon aus, dass dieser aufgrund seiner Tätigkeit als Taxiunternehmer hauptberuflich selbständig tätig und daher nicht in der GKV versicherungspflichtig war. Die Antragsgegnerin begründete ihre Entscheidung damit, dass die von der Antragstellerin als Busfahrer eingesetzten Personen - H., H., P. und N. - als abhängig Beschäftigte tätig geworden seien und für diese deshalb Beitragspflicht zur Arbeitslosenversicherung, Versicherungspflicht in der gesetzlichen Rentenversicherung sowie - mit Ausnahme von Herrn N. - in der gesetzlichen Kranken- und Pflegeversicherung bestanden habe. Die genannten Personen hätten die Fahrten nicht mit einem eigenen Bus, sondern mit den Bussen der Firma der Antragstellerin ausgeführt. Sie hätten deshalb kein Unternehmerrisiko zu tragen gehabt. Auch die Kosten für Benzin und zB die Autobahngebühren seien von der Antragstellerin getragen worden.

Gegen diesen Bescheid legte die Antragstellerin am 17.04.2014 Widerspruch ein und beantragte gleichzeitig, die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs wieder herzustellen und die Vollziehung des Bescheides auszusetzen. Aus dem Urteil des BSG vom 28.05.2008 ([B 12 KR 13/07 R](#)), in dem das BSG über die Selbständigkeit von Piloten zu entscheiden gehabt habe, ergebe sich, dass die Busfahrer der Antragstellerin selbständig tätig gewesen seien. Das BSG habe eine Selbständigkeit der Piloten bejaht, obwohl diese nicht Eigentümer der Flugzeuge gewesen seien. Wie das BSG festgestellt habe, sei auch dem Willen der Vertragspartner, eine selbständige Tätigkeit begründen zu wollen, Vorrang einzuräumen, wenn ebenso viele Gründe für wie gegen eine abhängige Beschäftigung sprächen.

Am 12.06.2014 hat die Antragstellerin beim Sozialgericht Ulm (SG) den Antrag gestellt, die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs der Antragstellerin gegen den Bescheid vom 05.03.2014 wieder herzustellen und die Vollziehung auszusetzen. An der Rechtmäßigkeit des Bescheides bestünden erhebliche Zweifel. Nach dem bereits erwähnten Urteil des BSG sei für die Abgrenzung einer selbständigen Tätigkeit von einer abhängigen Beschäftigung zunächst der Parteiwille und die getroffenen Vereinbarungen ausschlaggebend, sofern sich nicht aus der tatsächlichen Übung etwas vollkommen anderes ergebe. Nach den getroffenen Vereinbarungen sollten die Busfahrer selbständig tätig sein und die einzelnen Fahrten nach Übernahme eines Fahrauftrages selbständig durchführen. Die Fahrer hätten während der Ausführung ihrer Einsätze keinem Weisungsrecht der Antragstellerin unterlegen, das über Abfahrtsort und Ziel hinausgegangen sei. Den Fahrern habe es freigestanden, einzelne Fahraufträge anzunehmen oder abzulehnen. Sie hätten auch ein Unternehmerrisiko zu tragen gehabt, weil sie auf eigene Kosten den Busführerschein und die Erlaubnis zur Fahrgastbeförderung erworben hätten und diese Erlaubnis auch laufend hätten erneuern müssen.

Die Antragsgegnerin hat es mit Schreiben vom 17.06.2014 abgelehnt, die Vollziehung des Bescheides auszusetzen.

Das SG hat den Antrag der Antragstellerin mit Beschluss vom 25.06.2014 abgelehnt und den Streitwert für das Antragsverfahren auf 6.837,52 EUR, die Hälfte der Beitragsforderung, festgesetzt. Die Antragsgegnerin sei unter Anwendung der vom BSG vorgegebenen Maßstäbe zu dem zutreffenden Abwägungsergebnis gekommen, dass die vier Busfahrer der Antragstellerin in einem abhängigen Beschäftigungsverhältnis tätig geworden seien. Ausschlaggebend hierfür sei, dass keiner der vier Busfahrer über einen eigenen Bus verfügt habe. Der Beschluss ist dem Prozessbevollmächtigten der Antragstellerin nach eigenen Angaben am 30.06.2014 zugestellt worden.

Mit einem am 30.07.2014 beim SG eingegangenen Fax hat die Antragstellerin Beschwerde eingelegt und zur Begründung noch einmal auf die Entscheidung des BSG vom 28.05.2008 hingewiesen.

Die Antragstellerin beantragt,

den Beschluss des Sozialgerichts Ulm vom 25.06.2014 aufzuheben und die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs der Antragstellerin gegen den Bescheid der Antragsgegnerin vom 05.03.2014 anzuordnen.

Die Antragsgegnerin beantragt,

die Beschwerde der Antragstellerin gegen den Beschluss des Sozialgerichts Ulm vom 25.06.2014 zurückzuweisen.

Die Antragsgegnerin hält die Entscheidung des SG für zutreffend.

Mit Widerspruchsbescheid vom 19.08.2014 hat der Widerspruchsausschuss der Antragsgegnerin den Widerspruch der Antragstellerin gegen den Bescheid vom 05.03.2014 als unbegründet zurückgewiesen.

Hinsichtlich der weiteren Einzelheiten des Sachverhalts und des Vorbringens der Beteiligten wird auf die Prozessakten erster und zweiter Instanz sowie die Verwaltungsakten der Antragsgegnerin verwiesen.

II.

Die Beschwerde der Antragstellerin ist nach [§ 172 Abs 1](#) Sozialgerichtsgesetz (SGG) statthaft; sie ist nicht nach [§ 172 Abs 3 Nr 1 SGG](#) ausgeschlossen, da angesichts des Beschwerdewerts auch in der Hauptsache die Berufung zulässig wäre. Die Beschwerde ist form- und fristgerecht eingelegt worden ([§ 173 SGG](#)). Die Beschwerde ist aber nicht begründet. Das SG hat es zu Recht abgelehnt, die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs der Antragstellerin gegen den Beitragsbescheid vom 05.03.2014 anzuordnen.

Zutreffend ist das SG davon ausgegangen, dass der Widerspruch nicht bereits kraft Gesetzes aufschiebende Wirkung hat. Nach [§ 86 a Abs 1 SGG](#) haben Widerspruch und Anfechtungsklage zwar grundsätzlich aufschiebende Wirkung. Diese entfällt jedoch gemäß [§ 86 a 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 [§ 86 a Abs 2 Nr 1 SGG](#) fallen, gehören nach inzwischen st Rspr des Senats auch Bescheide des Rentenversicherungsträgers, die - wie hier - auf der Grundlage von [§ 28 p SGB IV](#) nach einer Prüfung beim Arbeitgeber ergehen (Beschlüsse des Senats vom 11.05.2010, [L 11 KR 1125/10 ER-B](#), mwN und vom 29.07.2010, [L 11 R 2595/10 ER-B](#), beide veröffentlicht in juris; ebenso LSG Hamburg 16.04.2012, [L 3 R 19/12 ER](#), juris mwN auch auf die gegenteilige Ansicht).

Die Frage, ob die aufschiebende Wirkung von Widerspruch und Klage aufgrund von [§ 86 b 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 Hauptsachsverfahrens, 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 [§ 86 a 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.

In Beitragsstreitigkeiten liegen ernstliche Zweifel in Sinne des [§ 86 a Abs 3 Satz 2 SGG](#) nur dann vor, 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). Deshalb müssen erhebliche Gründe für ein Obsiegen in der Hauptsache sprechen, damit die in [§ 86 a 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 nicht überwiegend wahrscheinlich, dass eine Klage der Antragstellerin gegen den Bescheid vom 05.03.2014 Erfolg haben wird.

Rechtsgrundlage für den Erlass des angefochtenen Beitragsbescheides ist [§ 28 p 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 [§ 28 h 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 ([§§ 28 d bis 28 n](#) und [28 r 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.

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 (st Rspr; vgl zum Ganzen zB zuletzt BSG 29.08.2012, [B 12 KR 25/10 R](#), SozR 4-2400 § 7 Nr 17 mwN).

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. Die von der Antragstellerin als Busfahrer eingesetzten Personen – H., H., P. und N. – verrichteten ihre Tätigkeit im Rahmen einer abhängigen Beschäftigung.

Dabei kann unterstellt werden, dass die Klägerin und die genannten Personen kein abhängiges Beschäftigungsverhältnis begründen wollten. Dem sich aus mündlichen oder schriftlichen Vereinbarungen ergebenden Willen der Vertragsparteien kommt jedoch nur eine Indizwirkung zu, dessen Bedeutung zurücktritt, wenn die tatsächlichen Umstände der Durchführung des Vertragsverhältnisses dem widersprechen. In dem Urteil des BSG vom 28.05.2008 ([B 12 KR 13/07](#), juris), auf das sich die Antragstellerin beruft, hat das BSG Ausführungen des Berufungsgerichts, wonach "dem im Vertrag dokumentierten Willen der Vertragsparteien, kein sozialversicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis zu wollen, jedenfalls dann indizielle Bedeutung zukommt, wenn dieser dem festgestellten sonstigen tatsächlichen Verhältnis nicht offensichtlich widerspricht und er durch weitere Aspekte gestützt wird" nicht beanstandet. Auch unter Berücksichtigung dieser Ausführungen, die der bisherigen Rechtsprechung des BSG entsprechen und denen sich auch der Senat anschließt, lässt sich eine selbständige Tätigkeit der Busfahrer nicht begründen. Denn das BSG hält auch in diesem Urteil daran fest, dass maßgebend das Gesamtbild der zu beurteilenden Tätigkeit ist. Der vom BSG entschiedene Fall unterscheidet sich jedoch deutlich von dem hier zu beurteilenden Sachverhalt. Das BSG wertete den persönlichen finanziellen Einsatz der Piloten in der Gestalt der von ihnen zu tragenden Kosten der Aufrechterhaltung ihrer Fluglizenzen, für deren Erwerb 40.000 bis 50.000 Euro aufzuwenden waren, und der Begleitkosten als Indizien für ein Unternehmerrisiko. Ferner berücksichtigte es, dass die Durchführung der Flüge im Wesentlichen der Erfüllung der Auflagen zur Aufrechterhaltung der Fluglizenzen diene und Zweck einer selbstständigen Tätigkeit nicht zwingend ein wirtschaftlicher, sondern auch ein anderer "eigener" Zweck sein kann. Einen den Piloten vergleichbaren Einsatz müssen die Busfahrer nicht erbringen. Ihre Tätigkeit ist daher nach den Maßstäben zu bewerten, die der Senat bei Fahrern von Lkw anwendet.

Die Tätigkeit als LKW-Fahrer – und als Busfahrer – kann zwar sowohl im Rahmen eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses (vgl allg hierzu BSG 19.08.2003, [B 2 U 38/02 R](#), [SozR 4-2700 § 2 Nr 1](#); BSG 22.06.2005, [B 12 KR 28/03 R](#), [SozR 4-2400 § 7 Nr 5](#)) 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; zu Flugzeugführern BSG 28.05.2008, [B 12 KR 13/07 R](#), [SGB 2008, 401](#)) ausgeübt werden. 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 Rn 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 Rn 26).

Ein Lkw-Fahrer oder auch ein Busfahrer ohne eigenen Lkw oder Bus, der nur seine Arbeitskraft zur Verfügung stellt, ist regelmäßig abhängig beschäftigt. Die Möglichkeit, konkrete Angebote bzw Aufträge abzulehnen, macht ihn nicht zum selbständig Tätigen (Senatsurteile vom 18.07.2013, [L 11 R 1083/12](#), juris; 17.01.2012, [L 11 KR 1138/10](#); 06.11.2007, [L 11 KR 2407/04](#); HessLSG 24.02.2009, [L 1 KR 249/08](#), juris; ferner LSG Baden-Württemberg 23.01.2004, [L 4 KR 3083/02](#), juris; 16.01.2004, [L 4 KR 763/04](#); 05.04.2006, [L 5 KR 5313/04](#); Sächsisches LSG 04.03.2014, [L 5 R 425/12](#), juris; BayLSG 09.05.2012, [L 5 R 23/12](#), juris). Bei der versicherungsrechtlichen Beurteilung von Fahrertätigkeiten kommt es entscheidend darauf an, ob der Fahrer ein eigenes Fahrzeug für die Transporte einsetzt. Nach der Rechtsprechung des BSG kann die Benutzung eines eigenen Lkw (Gleiches gilt für einen Bus) und die damit einhergehende Lastentragung in Verbindung mit anderen Gesichtspunkten für eine selbstständige Tätigkeit sprechen (BSG 22.06.2005, [B 12 KR 28/03 R](#), [SozR 4-2400 § 7 Nr 5 mwN](#); 19.08.2003, [B 2 U 38/02 R](#), [SozR 4-2700 § 2 Nr 1](#)). Wird dagegen – wie hier – kein eigenes Transportmittel benutzt, spricht dies entscheidend für eine Eingliederung in den Betrieb des Auftraggebers. In einem solchen Fall hat der Fahrer weder rechtlich noch tatsächlich die Möglichkeit, Fahrten auf eigene Rechnung für andere Kunden durchzuführen. Als sog Subunternehmer können die von der Antragstellerin eingesetzten Busfahrer auch deshalb nicht gewertet werden, weil diesen eine entgeltliche Beförderung von Personen im Straßenverkehr gar nicht gestattet ist. Sie müssten hierfür nach § 2 Abs 1 Nr 4 Personenbeförderungsgesetz im Besitz einer Genehmigung sein. Die Genehmigung wird dem Unternehmer für einen bestimmten Verkehr und für seine Person erteilt (§ 3 Abs 1 Personenbeförderungsgesetz). Daran fehlt es hier.

Die als Busfahrer eingesetzten Personen sind nach summarischer Prüfung auch keine sog freien Mitarbeiter (Dienstvertrag). Die Eigenart der Tätigkeit als Busfahrer im Gelegenheitsverkehr, dem für die Ausübung der Fahrt ein gewisser Entscheidungsspielraum eingeräumt werden muss (zB wie mit plötzlich auftretenden Änderungen im Straßenverkehr umzugehen ist) und dessen Tätigkeit in Bezug auf den zeitlichen und örtlichen Arbeitsablauf durch Sachzwänge (Fahrziel, Abfahrtszeiten) bestimmt ist, bringt es mit sich, dass sich das Abgrenzungsmerkmal der äußeren Weisungsgebundenheit hinsichtlich Zeit, Ort und Dauer des Arbeitseinsatzes so reduzieren kann, dass es eine sichere Unterscheidung zwischen abhängiger und selbständiger Ausübung nicht mehr erlaubt. Dagegen können aus der Art der Vergütung deutlichere Rückschlüsse auf die rechtliche Natur des Arbeitseinsatzes gezogen werden, je nach dem, ob sie mit einem - ggf. pauschalierten - Verlustrisiko belastet ist, deshalb einer Gewinnbeteiligung gleich kommt oder ob sie lediglich als Gegenleistung für geschuldete Arbeitsleistung (bzw Arbeitsbereitschaft) anzusehen ist. Nur für den Fall, dass die tatsächliche Ausgestaltung der Beziehungen der Beteiligten etwa gleichermaßen die Deutung als abhängiges Beschäftigungsverhältnis wie auch als selbständiges freies Mitarbeiterverhältnis zulässt, ist darauf abzustellen, was die Vertragsschließenden gewollt haben (Urteil des Senats vom 16.09.2008, [L 11 R 1074/08](#) zur Tätigkeit eines Wirtschaftsprüfers und Steuerberaters unter Hinweis auf das Urteil des BSG vom 14.05.1981, [12 RK 11/80](#) zur Anwaltstätigkeit). Dementsprechend hat der Senat zB die Tätigkeit eines Physiotherapeuten in einer fremden Praxis als freie Mitarbeit gewertet, weil der Betreffende keine feste monatliche Vergütung, sondern nur einen prozentualen Anteil am Honoraraufkommen der von ihm behandelten Patienten erhielt. Der wirtschaftliche Erfolg seiner Tätigkeit hing entscheidend davon, wie viele Patienten er für sich gewinnen konnte (Senatsbeschluss vom 11.05.2011, [L 11 R 1075/11 ER-B](#), juris).

Für eine abhängige Beschäftigung spricht im vorliegenden Fall vor allem das fehlende wirtschaftliche Risiko (Unternehmerrisiko). Die Busfahrer werden entweder nach Anzahl der geleisteten Stunden vergütet oder erhalten eine Pauschale und sie müssen für die Transportkosten (Treibstoff, Maut usw) nicht aufkommen. Ihre Vergütung ist also nicht davon abhängig, wie viele Personen transportiert werden und wie hoch die Transportkosten sind. Sie tragen damit gerade nicht das für einen Unternehmer typische Risiko, können

umgekehrt auch nicht davon profitieren, dass zB eine Reise von vielen Personen gebucht worden ist. Auch haben sie auf die Höhe des Reisepreises keinen Einfluss. Selbst wenn die Reise abgebrochen werden muss, haben sie Anspruch auf ihre Vergütung. Sie setzen wie andere Arbeitnehmer im Wesentlichen lediglich ihre Arbeitskraft ein. Die Möglichkeit, Aufträge anzunehmen oder abzulehnen, kann grundsätzlich zwar als Indiz für das Vorliegen einer selbstständigen Tätigkeit angesehen werden, weil der Betroffene damit den Umfang seiner Tätigkeit weitgehend selbst bestimmt. Doch sind auch im Rahmen abhängiger Beschäftigungsverhältnisse Vertragsgestaltungen nicht unüblich, die es weitgehend dem Arbeitnehmer überlassen, ob er im Anforderungsfall tätig werden will oder ob er ein konkretes Angebot im Einzelfall ablehnt. Denn auch in solchen Fällen, in denen auf Abruf oder in Vertretungssituationen beispielsweise wegen Erkrankung ständiger Mitarbeiter lediglich im Bedarfsfall auf bestimmte Kräfte zurückgegriffen wird, kann dem Arbeitnehmer die Möglichkeit eingeräumt sein, ein konkretes Arbeitsangebot abzulehnen. Nimmt der Betroffene das angetragene Angebot jedoch an, übt er die Tätigkeit in persönlicher Abhängigkeit in einem fremden Betrieb und damit im Rahmen einer abhängigen Beschäftigung aus und wird nicht allein wegen der grundsätzlich bestehenden Ablehnungsmöglichkeit zum selbstständig Tätigen (LSG Baden-Württemberg 21.11.2008, [L 4 KR 4098/06](#), juris).

Der Umstand, dass die betroffenen Busfahrer ein Gewerbe angemeldet und ihre Vergütung der Antragstellerin unter Ansatz von Umsatzsteuer in Rechnung gestellt haben, ist unerheblich. Diese Gesichtspunkte sind für die Abgrenzung zwischen abhängiger und selbstständiger Tätigkeit ohne Bedeutung. Die Bewertung einer Tätigkeit als abhängige Beschäftigung bzw selbstständige Tätigkeit kann ebenso wenig wie das Bestehen oder Nichtbestehen von Sozialversicherungspflicht vertraglich vereinbart werden. Die Anmeldung eines Gewerbes und die Vergütung in Form von Rechnungen setzen eine selbstständige Tätigkeit voraus, begründen aber für sich allein keine solche (Senatsbeschluss vom 19.07.2012, L 11 KR 1789/12, juris). Maßgeblich ist vielmehr das Gesamtbild, das sich nach den tatsächlichen Verhältnissen bestimmt. Danach überwiegen nach derzeitiger Sachlage die Indizien für eine abhängige Beschäftigung eindeutig.

Wird – wie hier – eine Beitragsforderung durch Bescheid mit Wirkung für die Vergangenheit festgestellt, ist ein darauf entfallender Säumniszuschlag nicht zu erheben, soweit der Beitragsschuldner glaubhaft macht, dass er unverschuldet keine Kenntnis von der Zahlungspflicht hatte ([§ 24 Abs 2 SGB IV](#)). Für die Frage, ob unverschuldet keine Kenntnis von der Zahlungspflicht vorgelegen hat, ist nicht auf diejenigen Maßstäbe zurückzugreifen, die das BSG für die Beurteilung des Vorsatzes iSd [§ 25 Abs 1 Satz 2 SGB IV](#) entwickelt hat (so aber BSG 26.01.2005, [B 12 KR 3/04 R](#), [SozR 4-2400 § 14 Nr 7](#)). Vorsätzliches Handeln setzt voraus, dass die Person mit "Wissen" und "Wollen" gehandelt hat, wobei das "Wollen" darauf beschränkt sein kann, dass der (rechtswidrige) Erfolg eines Tuns oder Unterlassens (hier: Nichtabführung von Beiträgen) billigend in Kauf genommen wird. Das Gesetz stellt in [§ 24 Abs 2 SGB IV](#) nur auf die fehlende Kenntnis einer Rechtspflicht (Zahlungspflicht) ab. Dies betrifft einen den Vorsatz ohnedies nicht berührenden Subsumtionsirrtum, der in strafrechtlicher Hinsicht allenfalls geeignet wäre, einen durch Einleitung eines Statusverfahrens nach [§ 7 a SGB IV](#) vermeidbaren Verbotsirrtum zu begründen (BGH 07.10.2009, [1 StR 478/09](#), [NSTZ 2010, 337](#)). Dieser Gesichtspunkt lässt sich auch auf die Regelung in [§ 24 Abs 2 SGB IV](#) übertragen. Die Vorschrift dient lediglich der Vermeidung unbilliger Härten (BSG 12.02.2004, [B 13 RJ 28/03 R](#), [BSGE 92,150](#)). Maßgebend ist deshalb auch im Fall des [§ 24 Abs 2 SGB IV](#) nur, ob die Unkenntnis des Beitragsschuldners von der Zahlungspflicht vermeidbar war. Davon ist hier auszugehen. Statt sich auf die Auskunft der Mitarbeiter zu verlassen, hätte die Antragstellerin ein Statusverfahren (§ 7a SGBIV) einleiten oder zumindest eine Auskunft der Einzugsstelle ([§ 28h SGB IV](#)) einholen können und müssen (vgl auch BSG 01.07.2010, [B 13 R 67/09 R](#), [SozR 4-2400 § 24 Nr 5](#), wonach der unverschuldeten Unkenntnis auch ein fahrlässiges Verhalten iSv [§ 276 BGB](#) entgegensteht; ebenso Baier in Krauskopf, Soziale Krankenversicherung Pflegeversicherung, [§ 24 SGB IV](#) Rn 15, Stand September 2013).

Die Vollziehung des Beitragsbescheides über eine Forderung von 13.675,04 EUR bedeutet für die Antragstellerin auch keine unbillige Härte. Zur Auslegung dieses unbestimmten Rechtsbegriffs vertritt der Senat in mittlerweile st Rspr die Auffassung, dass allein die mit der Zahlung auf eine Beitragsforderung für die Antragsteller verbundenen wirtschaftlichen Konsequenzen nicht zu einer solchen Härte führen, da sie lediglich Ausfluss der Erfüllung gesetzlich auferlegter Pflichten sind (Senatsbeschlüsse vom 16.08.2013, [L 11 R 3031/13 ER](#) und vom 04.09.2013, [L 11 R 2315/13 ER-B](#); vgl LSG Nordrhein-Westfalen 10.01.2012, [L 8 R 774/11 ER-B](#), juris). 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; solche Nachteile sind hier nicht erkennbar.

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

Die Festsetzung des Streitwertes für das Antrags- und Beschwerdeverfahren erfolgt nach [§ 197 a 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 Hauptsachestreitwerts (vgl Beschluss vom 16.08.2013, [L 11 R 3031/13 ER](#)), dies sind hier ein Viertel von 13.675,04 EUR, also 3.418,76 EUR. Die Berechtigung zur Abänderung des Streitwerts, den das SG festgesetzt hat, ergibt sich aus [§ 63 Abs 3 GKG](#). Der Senat geht derzeit davon aus, dass der Streitwert eines Hauptsacheverfahrens 13.675,04 EUR betragen würde, weil die Antragstellerin ihren Antrag auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung formal nicht begrenzt und auch insgesamt Widerspruch gegen den Bescheid vom 05.03.2014 eingelegt hat. Inhaltlich wendet sie sich bislang allerdings nur gegen die Erhebung von Beiträgen für die als Busfahrer eingesetzten Mitarbeiter G. T. P., A. N., K. H. und O. H ... Die Beiträge und Säumniszuschläge für diese Personen belaufen sich nur auf 11.836,23 EUR. Insoweit müsste in einem Hauptsacheverfahren noch geklärt werden, in welchem Umfang der Bescheid tatsächlich angefochten wird.

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

Rechtskraft

Aus

Login

BWB

Saved

2014-09-03