

L 5 R 868/14 B ER

Land
Freistaat Bayern
Sozialgericht
Bayerisches LSG
Sachgebiet
Rentenversicherung
Abteilung
5
1. Instanz
SG Regensburg (FSB)
Aktenzeichen
S 2 R 8045/14 ER
Datum
27.08.2014
2. Instanz
Bayerisches LSG
Aktenzeichen
L 5 R 868/14 B ER
Datum
29.10.2014
3. Instanz
-
Aktenzeichen
-
Datum
-
Kategorie
Beschluss
Leitsätze

Die aufschiebende Wirkung des [§ 7a Abs. 7 SGB IV](#) erfasst nicht Nachforderungen auf Grund Betriebsprüfungen gem. [§ 28p SGB IV](#).

I. Auf die Beschwerde der Antragstellerin wird der Beschluss des Sozialgerichts Regensburg vom 27.08.2014 abgeändert und die aufschiebende Wirkung der Klage gegen den Beitragsbescheid der Antragsgegnerin vom 10.01.2014 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 05.06.2014 insoweit angeordnet, als die Antragsgegnerin Nachforderungen von mehr als 70.000 Euro geltend macht; im Übrigen wird die Beschwerde zurückgewiesen.

II. Die Antragstellerin trägt die Kosten des Verfahrens beider Instanzen zu 2/3, die Antragsgegnerin zu 1/3.

III. Der Streitwert wird auf 35.423,78 Euro festgesetzt.

Gründe:

I.

Die Antragstellerin (Ast) begehrt im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes die Anordnung der aufschiebenden Wirkung der Klage gegen den Beitragsbescheid der Antragsgegnerin (Ag) vom 10.01.2014 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 05.06.2014.

Die Ast ist eine Einzelfirma - G. Sicherheitsdienst -, deren Inhaber Herr J. G. ist. Geschäftsgegenstand der Ast ist die Bewachung und Sicherung von Personen und Objekten sowie alle damit im Zusammenhang stehenden Tätigkeiten. Das Unternehmen ist Mitglied im Bundesverband Sicherheitswirtschaft und beschäftigt Arbeitnehmer u. a. in Bayern, Nordrhein-Westfalen, Rheinland-Pfalz und Niedersachsen.

Anlässlich einer Kontrolle von Wachleuten der Ast durch das Hauptzollamt (HZA) B-Stadt im Zentrallager der Fa. N. (H-Stadt) wurde festgestellt, dass zwischen dem von der Ast gezahlten Lohn und dem für allgemeinverbindlich erklärten Mindestlohn für das Wach- und Sicherheitsgewerbe in Nordrhein-Westfalen Unterschiede bestehen. Da der dortige Wachdienst von der Ast gestellt wurde, erfolgte eine Weiterleitung des Vorganges an das HZA A-Stadt, das am 17.11.2011 eine Prüfung am Geschäftssitz der Ast durchführte. Das HZA kam zu dem Ergebnis, dass der für allgemeinverbindlich erklärte Tariflohn für das Wach- und Sicherheitsgewerbe in Nordrhein-Westfalen und in Bayern im Hinblick auf die gezahlten Löhne nicht eingehalten worden sei.

Mit Stellungnahme vom 26.03.2013 teilte die Ast mit, dass es grundsätzlich zutreffe, dass es bei 108 Arbeitnehmern zu einer Unterschreitung des gesetzlichen Mindestlohns gekommen sei. Auch gegen den errechneten Gesamtbetrag würden keine Einwände erhoben werden. Es liege kein vorsätzliches Verhalten vor, weil die Ast von einschlägigen Fachverbänden, der IHK und dem zuständigen Arbeitgeberverband falsch beraten worden sei.

Die Antragsgegnerin (Ag) führte daraufhin in der Zeit vom 06.08.2013 bis 08.01.2014 bei der Ast eine Betriebsprüfung durch. Im Rahmen der Betriebsprüfung stellte die Ag u. a. fest, dass der von der Ast als Subunternehmer eingestufte Wachmann F. S. als abhängig Beschäftigter in Betracht komme. In diesem Zusammenhang wurde über die Ast eine Gewerbebeanmeldung nach [§ 14 GewO](#) bzw. [§ 55c GewO](#) des Herrn S. vorgelegt. Dabei wurden folgende Tätigkeiten angemeldet: Dienstleitungen aller Art, Wärmemessdienst,

Hausmeisterdienstleistungen.

Herr S. erhielt von der Ast eine feste Stundenvergütung von 8,58 EUR bis 10,00 Euro. In seiner Vernehmung vor dem Hauptzollamt A-Stadt am 12.11.2013 gab Herr S. sinngemäß u.a. Folgendes an:

- * "Es wurde wohl ein schriftlicher Dienstleistungsvertrag geschlossen, dieser sei jedoch nicht mehr auffindbar.
- * Herrn G. kenne er schon ca. 30 Jahre. Die Aufträge seien ihm meistens telefonisch vorgeschlagen worden.
- * Der Arbeitsbeginn und das Arbeitsende seien durch die Kunden von G. vorgegeben worden bzw. hätten sich aus den Aufträgen ergeben.
- * Die Arbeitsanweisungen für das Bewachungsobjekt habe Herr G. von seinen Kunden erhalten und seinen von seinen Angestellten und ihm dementsprechend ausgeführt worden.
- * Bei einigen Einsätzen habe er einen Sonderstatus (zuständig für Heizungen) gehabt. Dabei habe er aber auch Kollegen für die Pausenregelung abgelöst.
- * Bei den Objektbewachungen habe die Art der Tätigkeit denen der Angestellten entsprochen.
- * Während der Dienstverrichtung habe er die Kleidung der Firma G. mit der Aufschrift G.-Sicherheitsdienst getragen.
- * Die Haupttätigkeit seiner Selbständigkeit sei zunächst das Ablesen der Heizkostenverteiler gewesen. Nach Aufgabe dieser Tätigkeit habe er nur noch Aufträge für die Firma G. ausgeführt. Für andere Sicherheitsdienste sei er nicht tätig gewesen.
- * Im Zeitraum 01.04.2012 bis 31.12.2012 sei er bei der Firma G. als geringfügig Beschäftigter angemeldet worden."

Die Ag forderte nach vorhergehender Anhörung mit Bescheid vom 10.01.2014 Gesamtsozialversicherungsbeiträge und Umlagen in Höhe von 106.271,61 Euro nach. Darin enthalten sind Säumniszuschläge in Höhe von 24.711 Euro. Dabei legte die Ag zu Grunde, dass zum einen die nach den allgemeinverbindlich erklärten Tarifverträgen und dem Mindestlohn nach dem AEntG geschuldeten Arbeitsentgelte und nicht die tatsächlich abgerechneten Lohnzahlungen für die Beitragsfestsetzung maßgebend seien. Vorliegend seien durch Entgeltunterschreitungen in der Zeit vom Dezember 2009 bis September 2011 zu geringe Sozialversicherungsbeiträge abgeführt worden. Ferner habe Herr F. S. als Wachmann im Zeitraum Januar 2009 bis März 2012 eine typische Arbeitnehmertätigkeit für die Ast ausgeübt, für die ebenfalls Beiträge nachzufordern seien.

Gegen den Bescheid vom 10.01.2014 legte die Ast mit Schreiben vom 01.02.2014 Widerspruch ein, der als "Teilwiderspruch" bezeichnet wurde. Darin wandte sich die Ast insbesondere gegen die Annahme einer abhängigen Beschäftigung des Wachmannes F. S. in der Zeit vom Januar 2009 bis März 2012 und die daraus hergeleitete Beitragspflicht. Gegen die errechnete Beitragshöhe wandte die Ast ein, die Zugrundelegung der Steuerklasse VI bei der vorgenommenen Hochrechnung auf den Bruttolohn sei nicht gerechtfertigt. Bezüglich des versicherungsrechtlichen Status des Herrn S. wurde die Auffassung vertreten, dass die Ag nicht hinreichend auf das Gesamtbild des Wachmanns eingegangen sei. Weder die Vorgabe für Ort und Zeit der Bewachung noch die Notwendigkeit des Tragens von Dienstkleidung seien als Abgrenzungsmerkmale geeignet. Herr S. habe Aufträge annehmen oder ablehnen und auch eigenes Personal zur Durchführung der Aufträge einsetzen können. Gegen die "übrigen Feststellungen" des Bescheids richtete sich der Widerspruch hinsichtlich der Höhe der festgestellten nachzuzahlenden Sozialversicherungsabgaben und der Säumniszuschläge.

Dem mit der Widerspruchserhebung gestellten Antrag auf Aussetzung der Vollziehung der Beitragsforderung entsprach die Ag für die Zeit bis zum Abschluss des Widerspruchsverfahrens.

Mit Widerspruchsbescheid vom 05.06.2014 wurde der Widerspruch als unbegründet zurückgewiesen. Die Ag sah durch die mit Schreiben der Ast vom 16.03.2014 übersandten Unterlagen keine veränderte Beurteilung in Bezug auf die Fälle der Nichteinhaltung des Mindestlohnes und der teilweise damit verbundenen Überschreitung der Geringfügigkeitsgrenzen veranlasst. Die Gesamtabwägung über den versicherungsrechtlichen Status des Wachmanns F. S. habe zu Recht eine Beschäftigung ergeben.

Dagegen hat die Ast Klage zum Sozialgericht Regensburg erhoben sowie gleichzeitig beantragt, den Vollzug der Beitragsforderung bis zum Abschluss des Klageverfahrens in voller Höhe auszusetzen. Zur Begründung hat der Ast ausgeführt, dass Gegenstand des Rechtsstreites und der daraus resultierenden Beitragsforderung im Wesentlichen sei, ob Herr F. S. als selbständiger Wachmann von der Ast in der Zeit vom Januar 2009 bis März 2012 Aufträge angenommen habe oder abhängig beschäftigt gewesen sei. Es handele sich damit inhaltlich in der Entscheidung um ein Statusverfahren nach [§ 7a Abs. 1 Satz 1 SGB IV](#). Sozialversicherungsbeiträge aus einer solchen Entscheidung würden erst zum Zeitpunkt fällig, in dem die Entscheidung über das Vorliegen und Nichtvorliegen einer Beschäftigung unanfechtbar geworden sei. Insoweit müssten Widerspruch sowie die hier erhobene Klage gegen eine derartige Entscheidung aufschiebende Wirkung haben.

Mit Beschluss vom 27.08.2014 - [S 2 R 8045/14 ER](#) - hat das Sozialgericht den Antrag abgelehnt. Es hat seine Entscheidung im Wesentlichen darauf gestützt, dass zum einen keine ernstlichen Zweifel an der Rechtmäßigkeit des streitgegenständlichen Bescheides bestünden und zum anderen nicht hinreichend dargelegt sei, inwieweit durch den Vollzug des Verwaltungsaktes eine unbillige Härte bzw. eine konkrete Notlage für die Ast entstünde. Die Ag habe zu Recht festgestellt, dass der Wachmann F. S. bei Annahme des Auftrages in die betriebliche Organisation des Sicherheitsdienstes eingebunden gewesen sei. Dies werde an den vorgegebenen Arbeitszeiten und der hierbei notwendigen Einordnung in die Wach- und Schichtpläne deutlich. Unterschiede zu den Tätigkeiten der abhängig beschäftigten Wachleute seien nicht erkennbar gewesen. Kriterien wie Gewerbeanmeldung, Abführung von Mehrwertsteuer, Entrichtung von Einkommenssteuer, fehlender Urlaubsanspruch und das Fehlen der Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall würden keine relevanten Indizien für das Vorliegen einer Selbständigkeit darstellen. Bei summarischer Prüfung sei auch ein ins Gewicht fallendes unternehmerisches Risiko des Herrn F. S. nicht zu erkennen. Herr S. sei auch im Zeitraum vom Januar 2009 bis März 2012 ausschließlich für die Ast als Wachmann tätig gewesen. Hiergegen richtet sich die Beschwerde der Antragstellerin. Zur Begründung führt sie aus, die sofortige Vollziehung des Bescheids würde für sie eine unbillige Härte darstellen, weil die aus dem Bescheid resultierende Zahlungspflicht die Liquidität des Unternehmens belasten würde. Im Übrigen wiederholt die Ast wörtlich ihr Vorbringen aus dem Widerspruchs- und Klageverfahren.

Die Antragstellerin beantragt, den Beschluss des Sozialgerichts München vom 27.08.2014 aufzuheben und die aufschiebende Wirkung der Klage vom 11.07.2014 gegen den Bescheid der Ag 10.01.2014 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 05.06.2014 anzuordnen.

Die Antragsgegnerin beantragt,

die Beschwerde zurückzuweisen.

Sie ist der Auffassung, dass das Sozialgericht die Anordnung der aufschiebenden Wirkung zu Recht abgelehnt habe.

Ergänzend wird Bezug genommen auf die Akte der Antragsgegnerin sowie auf die Gerichtsakten in beiden Rechtszügen.

II.

Die form- und fristgerecht eingelegte Beschwerde (§§ 171, 173 SGG) ist zulässig, sie bleibt aber überwiegend ohne Erfolg. Gründe, die eine Anordnung der aufschiebenden Wirkung der Klage gegen den Bescheid vom 10.01.2014 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 05.06.2014 veranlassen könnten, bestehen nur zum Teil.

1. Gemäß § 86 b Abs. 1 Satz 1 Nr. 2, Abs. 2 SGG kann das Gericht der Hauptsache auf Antrag in den Fällen, in denen Widerspruch und Anfechtungsklage keine aufschiebende Wirkung haben, die aufschiebende Wirkung ganz oder teilweise anordnen. Diese Regelung gilt während eines Widerspruchs- und Klageverfahrens. Ob das Gericht den vorläufigen Rechtsschutz gewährt, steht in dessen Ermessen ("kann") und erfordert eine Interessenabwägung der relevanten öffentlichen und privaten Belange bei Gewährung oder Nichtgewährung des vorläufigen Rechtsschutzes sowie eine Abschätzung der Erfolgsaussicht in der Hauptsache. Ein überwiegendes öffentliches Interesse an der sofortigen Vollziehung ist insbesondere dann gegeben, wenn es sich ohne weiteres und ohne vernünftige Zweifel erkennen lässt, dass der angefochtene Bescheid rechtmäßig ist und die Rechtsverfolgung des Bürgers keinen Erfolg verspricht (BT-Drucks. 14/5943 unter Bezugnahme auf Bundesverwaltungsgericht NJW 74, 2104).

a) Nach § 86a Abs. 2 Nr. 1 SGG haben - wie der Senat bereits entschieden hat vgl. u. a. Beschluss v. 16.03.2010 - L 5 R 21/10 B ER - Widerspruch und Anfechtungsklage bei der Entscheidung nach § 28p Abs. 1 Satz 5 SGB IV über Versicherungs-, Beitrags- und Umlagepflichten sowie der Anforderung von Beiträgen, Umlagen und sonstigen öffentlichen Abgaben - einschließlich der darauf entfallenden Nebenkosten - keine aufschiebende Wirkung.

aa) Diese durch das 6. SGG-Änderungsgesetz vom 17. August 2001 mit Wirkung vom 2. Januar 2002 eingeführte Regelung entspricht § 80 Abs. 2 Nr. 1 Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO) und soll wie dort die Funktionsfähigkeit der Leistungsträger sichern, die - zumal bei einer Umlagefinanzierung ihrer Ausgaben - auf die rechtzeitige und vollständige Erhebung der Abgaben angewiesen sind. Die Vorschrift dokumentiert die durch den Gesetzgeber in Fällen von Abgabenbescheiden getroffene Grundentscheidung, dass dem öffentlichen Interesse an der sofortigen Vollziehbarkeit der Vorrang gebührt vor dem durch Art. 19 Abs. 4 GG aus Gründen effektiven Rechtsschutzes prinzipiell geschützten Interesse des Adressaten, von der Vollziehung des angefochtenen Bescheides bis zu dessen Bestandskraft verschont zu bleiben.

Der nach einer Betriebsprüfung § 28p Abs. 1 Satz 5 SGB IV ergangene Prüfbescheid der Ag ist sofort vollziehbar, denn er setzt eine Nachforderung in Höhe von insgesamt 106.271,61 Euro fest und stellt in seiner Begründung die Versicherungspflicht des Wachmanns F. S.s fest. § 28p Abs. 1 Satz 5 SGB IV ermächtigt die Träger der Rentenversicherung zum Erlass von Verwaltungsakten zur Versicherungspflicht und Beitragshöhe in der Kranken-, Pflege- und Rentenversicherung. Bescheide nach § 28p Abs. 1 Satz 5 SGB IV, mit denen die Träger der Rentenversicherung nach Durchführung einer Betriebsprüfung Nachforderungen auf den Gesamtsozialversicherungsbeitrag für Beschäftigte sowie auf Umlagen erheben, gehören damit grundsätzlich zu den von § 86a Abs. 2 Nr. 1 SGG erfassten, sofort vollziehbaren Anforderungsbescheiden.

bb) Aus dem bereits mit Wirkung vom 1. Januar 1999 durch das Gesetz zur Förderung der Selbstständigkeit vom 20. Dezember 1999 (BGBl. I 2000) in das SGB IV eingefügten § 7a Abs. 7 SGB IV ergibt sich entgegen der Auffassung des Ast. nichts anderes.

Nach dem Wortlaut dieser Vorschrift haben Widerspruch und Klage gegen eine Entscheidung, dass eine Beschäftigung vorliegt, aufschiebende Wirkung. Ihre Anwendbarkeit ist von ihrem Wortlaut und ihrem systematischen Zusammenhang her auf das Antragsverfahren nach § 7a Abs. 1 SGB IV beschränkt, innerhalb dessen die Deutsche Rentenversicherung auf Antrag der an einem Auftragsverhältnis beteiligten Personen oder der zuständigen Einzugsstelle entscheidet, ob eine Beschäftigung vorliegt. Um eine Entscheidung im Antragsverfahren gemäß § 7a Abs. 2 SGB IV handelt es sich aber bei dem betroffenen Bescheid unstreitig nicht. Unter Hinweis auf die Begründung zu dem Entwurf eines Gesetzes zur Förderung der Selbstständigkeit (BT-Drucks. 14/1855, Seite 8: "Die Vorschrift gilt nicht nur für Statusentscheidungen der Bundesversicherungsanstalt für Angestellte, sondern auch für Statusentscheidungen der übrigen Sozialversicherungsträger außerhalb des Antragsverfahrens") wird allerdings vertreten, dass die Vorschrift auch außerhalb des Antragsverfahrens nach § 7a SGB IV und hier namentlich auf Statusentscheidungen der Rentenversicherungsträger im Rahmen von Betriebsprüfungen nach § 28p Abs. 1 Satz 5 SGB IV Anwendung findet (vgl. LSG Rheinland Pfalz, Beschluss vom 06. Januar 2014 - L 2 R 409/13 B ER; LSG Hamburg, Beschluss vom 25. Oktober 2000 - L 3 B 80/00 ER; Hessisches LSG, Beschluss vom 12. Januar 2005 - L 8/14 KR 110/04 ER; LSG Sachsen-Anhalt, Beschluss vom 26. März 2013 - L 1 R 454/12 B ER, LSG Rheinland-Pfalz, Beschluss vom 21. September 2009 - L 4 R 196/09 B ER).

Die in § 7a Abs. 7 Satz 1 SGB IV spezialgesetzlich geregelte aufschiebende Wirkung von Rechtsbehelfen gegen Statusentscheidungen wurde seinerzeit jedoch mit den besonderen Auswirkungen einer solchen Statusentscheidung für die Betroffenen begründet; von den angefochtenen Entscheidungen sollten zunächst - zukunftsbezogen - keine Rechtswirkungen ausgehen (vgl. dazu auch BT-Drucks. 14/1855, Seite 8).

Die von der Ag getroffenen Regelungen gehen jedoch über eine bloße Statusentscheidung hinaus. Anders als § 7a SGB IV ermächtigt § 28p Abs. 1 Satz 5 SGB IV - wie bereits dargelegt - die Träger der Rentenversicherung im Rahmen der Betriebsprüfung zum Erlass von Verwaltungsakten auch zur Beitragshöhe; hierbei handelt es sich um eine klassische Eingriffsverwaltung. Dagegen folgen aus § 7a SGB IV keinerlei beitragsrechtliche Zuständigkeiten (vgl. auch BSG, Urteil vom 4. Juni 2009, B 12 KR 31/07 R, Rz. 29 - zitiert nach juris). Es ist jedoch gerade die Begründung von Zahlungspflichten, die nach dem Willen des Gesetzgebers zur sofortigen Vollziehbarkeit einer Verwaltungsentscheidung nach § 86a Abs. 2 Nr. 1 SGG führen sollte. Die Regelung dient der Sicherung der Funktionsfähigkeit der Leistungsträger der Sozialversicherung (vgl. Gesetzentwurf der Bundesregierung zum Entwurf eines Sechsten Gesetzes zur Änderung des Sozialgerichtsgesetzes - 6. SGGÄndG - BT-Drucks. 14/5943, S. 25). Durch die Möglichkeit der sofortigen Vollziehung ist zu gewährleisten, dass der Zahlungsanspruch der Sozialversicherungsträger realisiert und nicht begünstigt durch den weiteren Zeitablauf nach Widerspruch und Klage - gegebenenfalls auch mit Hilfe von Vermögensumschichtungen - vereitelt werden kann (vgl. LSG Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 5. November 2008 - L 16 B 7/08 R ER). Zum anderen wird verhindert, dass es zu illegitimen Wettbewerbsvorteilen kommt.

Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus dem Sinn und Zweck der Vorschrift des [§ 7a Abs. 7 SGB IV](#). Antragsverfahren nach [§ 7a Abs. 1 SGB IV](#) sind von einem vorausschauenden Charakter geprägt und deshalb in der Regel zu Beginn einer Tätigkeit eröffnet. Sie sollen nach der Gesetzesbegründung den gutgläubigen Beteiligten schützen ([BT-Drucks. 14/1855, Seite 6](#)), der mit der Einleitung des Statusfeststellungsverfahrens bestehende Unsicherheiten beseitigen und Rechtssicherheit herbeiführen will. Anders als in den von [§ 7a SGB IV](#) geregelten Fällen (vgl. [BT-Drucks. 14/1855, S. 6](#)) besteht bei Prüfbescheiden nach [§ 28p SGB IV](#) kein Bedürfnis, die Position eines gutgläubigen Arbeitgebers zu stärken. Eine Bevorzugung der erst durch eine Betriebsprüfung entdeckten säumigen Arbeitgeber, insbesondere auch der bösgläubigen, ist durch [§ 7a Abs. 7 SGB IV](#) jedenfalls nicht gewollt. Vielmehr würde bei einer Anwendung des § 7a Abs. 7 SGB IV im Rahmen des Betriebsprüfungsverfahrens ein "Bösgläubenschutz" installiert. Die Bedeutung der von den Beteiligten ausgehenden Initiative zur Klärung des Status wird durch den Umstand bestätigt, dass [§ 7a Abs. Satz 1 letzter HS SGB IV](#) ein Antragsverfahren ausschließt, wenn bereits eine Einzugsstelle oder ein anderer Versicherungsträger ein Verfahren zur Feststellung des Status, wie zum Beispiel im Rahmen einer Betriebsprüfung nach [§ 28p SGB IV](#) oder gemäß [§ 28h SGB IV](#), eingeleitet hat. In solchen Fällen fehlt es an der eine beitragsrechtliche Honorierung rechtfertigenden Gutgläubigkeit des Beteiligten. Bei einem im Rahmen einer Betriebsprüfung nach [§ 28p Abs. 1 SGB IV](#) festgestellten Anhalt einer Verletzung der Meldepflichten nach [§ 28a SGB IV](#) ist für eine derartige beitragsrechtliche Honorierung des in der Regel zumindest fahrlässig handelnden Arbeitgebers daher schlechterdings kein Raum (vgl. Beschluss des Senats v. 16. März 2010 - [L 5 R 21/10 B ER](#); ebenso: LSG Hamburg, Beschluss vom 16. April 2012, [L 3 R 19/12 B ER](#) - unter ausdrücklicher Distanzierung vom Beschluss vom 25. Oktober 2000 - [L 3 B 80/00 ER](#); LSG Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 5. November 2008 - [L 16 B 7/08 R ER](#); LSG Baden-Württemberg, Beschluss vom 11. Mai 2010 - [L 11 KR 1125/10 ER-B](#) sowie in Abweichung zur Voraufgabe Keller in: Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer, SGG, 11. Aufl. 2014, § 86a Rn. 13b; im Ergebnis auch: Hessisches LSG, Beschluss vom 9. Juli 2013, L 8 KR 167/13 ER). Darüber hinaus hat der Gesetzgeber durch [§ 86a Abs. 2 Nr. 1 SGG](#) die Entscheidung für eine ausnahmslose sofortige Vollziehbarkeit von Entscheidungen über Versicherungs-, Beitrags- und Umlagepflichten sowie über die Anforderung von Beiträgen, Umlagen und sonstigen öffentlichen Abgaben in Kenntnis der zu [§ 7a Abs. 7 SGB IV](#) vertretenen Auffassung getroffen und so die aus dem Gesetzeswortlaut des [§ 7a Abs. 7 Satz 1 SGB IV](#) sich ergebende - enge - Auslegung der Vorschrift bestätigt (vgl. Begründung zur Einführung der [§§ 86a, § 86b SGG](#) mit Wirkung zum 02. Januar 2002 durch das 6. SGG-Änderungsgesetz: [BT-Drucks. 14/5943, Seite 25](#)).

b) Auch eine entsprechende Anwendung des [§ 7a Abs. 6 Satz 2 SGB IV](#) kommt nicht in Betracht, denn es fehlt in [§ 28p SGB IV](#) eine dem [§ 7a Abs. 6 Satz 2 SGB IV](#) vergleichbare Regelung, wonach die nach einem Antragsverfahren nach [§ 7a SGB IV](#) nachzufordernden Gesamtsozialversicherungsbeiträge erst zu dem Zeitpunkt fällig werden, zu dem die Entscheidung, dass eine Beschäftigung vorliegt, unanfechtbar geworden ist. Jedenfalls seit der Aufhebung des [§ 7b SGB IV](#) a. F. durch das Gesetz zur Änderung des Vierten Buches Sozialgesetzbuch und anderer Gesetze vom 19. Dezember 2007 ([BGBl. I S. 3024](#)) sehen auch die Sozialversicherungsträger eine entsprechende Anwendung des [§ 7a Abs. 6 Satz 2 SGB IV](#) im Rahmen von Betriebsprüfungen nicht mehr veranlasst (vgl. die Niederschrift über die Besprechung der Spitzenverbände der Krankenkassen, der Deutschen Rentenversicherung ... und der Bundesagentur für Arbeit über Fragen des gemeinsamen Beitragseinzugs am 7./8. Mai 2008 zu TOP 2). Diese materiell-rechtlichen Vorschriften sind auch maßgeblich für das Verständnis des [§ 7a Abs. 7 SGB IV](#). Würden Beitragsansprüche erst mit der Bestandskraft der Entscheidung über das Bestehen der Sozialversicherungspflicht fällig, bliebe für den gesetzlich angeordneten Sofortvollzug im Rechtsbehelfsverfahren kein Anwendungsbereich (so bereits Beschluss des Senats v. 16. März 2010 [a.a.O.](#)).

2. Das Gericht entscheidet über den Antrag in den Fällen des [§ 86b Abs. 2 Nr. 1 SGG](#) nach summarischer Prüfung unter Abwägung der widerstreitenden Interessen nach den Maßstäben des [§ 86a Abs. 3 Satz 2 SGG](#) (Keller in: a. a. O.; § 86b Rdnr. 12b). Danach soll die Aussetzung der Vollziehung erfolgen, wenn ernstliche Zweifel an der Rechtmäßigkeit des angegriffenen Verwaltungsaktes bestehen oder wenn die Vollziehung für den Abgaben- oder Kostenpflichtigen eine unbillige, nicht durch überwiegende öffentliche Interessen gebotene Härte zur Folge hätte. Ernstliche Zweifel an der Rechtmäßigkeit der Verwaltungsentscheidung bestehen, wenn ein Erfolg des Rechtsbehelfes im Hauptsacheverfahren wahrscheinlicher ist als ein Misserfolg. Dafür spricht, dass durch [§ 86a Abs. 2 Nr. 1 SGG](#) das Vollzugsrisiko bei Abgabebescheiden bewusst auf den Adressaten verlagert worden ist, um die notwendigen Einnahmen der öffentlichen Hand zur Erfüllung ihrer Aufgaben sicherzustellen. Diese gesetzliche Risikoverteilung würde unterlaufen, wenn die Vollziehung bereits dann ausgesetzt würde, wenn der Erfolg des Rechtsbehelfes ebenso wahrscheinlich ist wie der Misserfolg (Keller a. a. O. § 86a, Rdnr. 27a m. w. N.). Eine unbillige Härte liegt vor, wenn dem Betroffenen durch die Vollziehung Nachteile entstehen, die über die eigentliche Zahlung hinausgehen und nicht oder nur schwer wieder gutgemacht werden können (Keller, a. a. O., § 86a Rdnr. 27b m. w. N.).

3. Unter Anwendung dieser Grundsätze ist im hier streitigen Verfahren die aufschiebende Wirkung der Klage teilweise anzuordnen. Es bestehen teilweise erhebliche Zweifel an der Rechtmäßigkeit der angefochtenen Entscheidung der Ag. Der Senat geht mit dem Sozialgericht davon aus, dass es in weiten Bereichen überwiegend wahrscheinlich erscheint, dass die von der Ag nachgeforderten Beiträge dem Grunde nach mit Recht erhoben werden.

a) Ermächtigungsgrundlage für den angefochtenen Beitragsbescheid ist [§ 28p Abs. 1 Satz 5 SGB IV](#). Danach erlassen die Träger der Rentenversicherung Verwaltungsakte zur Versicherungspflicht und Beitragshöhe in der Kranken-, Pflege-, und Rentenversicherung sowie nach dem Recht der Arbeitsförderung gegenüber den Arbeitgebern. Dabei unterlagen die Personen, die gegen Arbeitsentgelt beschäftigt wurden, im Streitzeitraum der Versicherungspflicht in der Kranken-, Pflege-, Renten- und Arbeitslosenversicherung ([§§ 5 Abs. 1 Nr. 1](#) Fünftes Buch Sozialgesetzbuch, 20 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 Fünftes Buch Sozialgesetzbuch, 1 Satz 1 Nr. 1 Sechstes Buch Sozialgesetzbuch, 25 Abs. 1 Satz 1 SGB III).

b) Beurteilungsmaßstab für das Vorliegen einer abhängigen Beschäftigung ist [§ 7 Abs. 1 Satz 1](#) Viertes Buch Sozialgesetzbuch (SGB IV). Danach ist Beschäftigung die nichtselbständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis. Voraussetzung ist die persönliche Abhängigkeit des Arbeitnehmers vom Arbeitgeber. Bei einer Beschäftigung in einem fremden Betrieb liegt sie vor, wenn der Beschäftigte in den Betrieb eingegliedert ist und er dabei einem Zeit, Dauer, Ort und Art der Ausführung umfassenden Weisungsrecht des Arbeitgebers unterliegt. 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 (BSG, Urteil v. 30.12.2013, [B 12 KR 17/11 R](#), juris; Urteil v. 30.4.2013, [B 12 KR 19/11 R](#), SozR 4-2400 § 7 Nr. 21; Urteil v. 29.8.2012, [B 12 KR 25/10 R](#), SozR 4-2400 § 7 Nr. 17; Urteil v. 25.4.2012, [B 12 KR 24/10 R](#), SozR 4-2400 § 7 Nr. 15; BSG, Urteil v. 11.3.2009, [B 12 KR 21/07 R](#), USK 2009-25; BSG, Urteil v.

18.12.2001, [B 12 KR 10/01 R](#), [SozR 3-2400 § 7 Nr. 20](#); Senat, Beschluss v. 7.1.2011, a.a.O.; Senat, Urteil v. 17.10.2012, [L 8 R 545/11](#), juris; jeweils m.w.N.; zur Verfassungsmäßigkeit dieser Abgrenzung: BVerfG, Beschluss v. 20.5.1996, [1 BvR 21/96](#), [SozR 3-2400 § 7 Nr. 11](#)).

Nach diesen Kriterien bestehen keine überwiegenden Zweifel daran, dass Herr S. für die Ast als abhängig beschäftigter Wachmann tätig war (vgl. auch die Rspr. des Senats v. 14.11.2012 - [L 5 R 890/12 B ER](#)).

Dem liegen folgende Anhaltspunkte zugrunde, die sich aus den eigenen Angaben der Ast sowie aus den glaubhaften Angaben des F. S.s vom 12.11.2013 sowie aus dessen Abrechnungen ergeben:

- In seiner Tätigkeit als Wachmann war F. S. im streitgegenständlichen Zeitraum vom Januar 2009 bis März 2012 ausschließlich für die Ast tätig.
- Ab April 2012 wurde der Wachmann S. von der Ast bei der Minijobzentrale als abhängig Beschäftigter zur Sozialversicherung angemeldet.
- Die Wachmann-Tätigkeit unterschied sich nicht von derjenigen, die angestellte Wachleute der Ast ausgeübt haben.
- Nach außen trat Herr S. als Mitarbeiter der Ast auf. Er trug insbesondere Dienstkleidung der Ast, die ihm unentgeltlich zur Verfügung gestellt wurde.
- Herr S. war in die Wach- und Schichtpläne der Ast eingebunden.
- Herr S. trat am Markt auch nicht werbend auf.
- Ein Unternehmerrisiko ist nicht ersichtlich. Eigenes Kapital und Betriebsmittel wurden nicht eingesetzt.

Auch der Stundenlohn von 8,58 EUR bis 10,00 Euro entspricht nicht der typischen Vergütung eines Selbständigen. Dieser liegt nur knapp über dem aktuellem Mindestlohn für Arbeitnehmer im Wach- und Sicherheitsgewerbe (vgl. hierzu die Übersicht http://www.boeckler.de/pdf/ta_mindestloehne_aentg.pdf). Dabei ist insbesondere zu berücksichtigen, dass Selbständige aus ihren Einnahmen zusätzlich u. a. folgende Ausgaben bestreiten müssen:

- * Einkommensteuer
- * Gewerbesteuer
- * Mitgliedsbeiträge (z.B. IHK)
- * Krankenversicherung (Arbeitnehmer- und Arbeitgeberanteil)
- * Altersvorsorge
- * weitere berufliche oder betriebliche Versicherungen
- * betriebliche Kosten wie Miete, Technik etc.

Demgegenüber sind vorliegend nur wenige Elemente zu erkennen, die für eine Selbständigkeit sprechen. Dies sind:

- die Vergütung aufgrund Rechnungsstellung,
- das Fehlen eines Anspruchs auf Lohnfortzahlung im Urlaubs- und Krankheitsfalle
- die Anmeldung eines eigenen Gewerbes.

Diese Gesichtspunkte treten jedoch im Rahmen der vorzunehmenden Gesamtabwägung deutlich hinter den erstgenannten Merkmalen der abhängigen Beschäftigung zurück.

Schließlich ist darauf hinzuweisen, dass der Wachmann S. im streitgegenständlichen Zeitraum nicht über eine besondere Erlaubnis nach [§ 34a GewO](#) zur selbständigen Führung eines Bewachungsgewerbes verfügte. Nach [§ 34a Abs. 1 GewO](#) bedarf derjenige, der gewerbsmäßig Leben oder Eigentum fremder Personen bewachen will (Bewachungsgewerbe), der Erlaubnis der zuständigen Behörde (Gewerbebehörde/Ordnungsamt). Das Nähere zum Erlaubnisverfahren ist in der Verordnung über das Bewachungsgewerbe (BewachV vom 10. Juli 2003 - [BGBl. I S. 1378](#) - zuletzt geändert durch Artikel 2a Absatz 3 des Gesetzes vom 4. März 2013 ([BGBl. I S. 362](#))) geregelt. Dabei kommt es auch nicht darauf an, dass Herr S. auf Grund seiner früheren Tätigkeit im Wach- und Sicherheitsgewerbe möglicherweise auf Grund von [§ 17 BewachVO](#) vom sog. "Unterrichtungsverfahren" und der "Sachkundeprüfung" befreit war. Denn für die Erteilung der Erlaubnis nach [§ 34a GewO](#) sind dem neben dem Unterrichtsverfahren und der Sachkundeprüfung weitere Voraussetzungen zu erfüllen. Zur Ausübung einer selbständigen Tätigkeit im Bereich des Bewachungsgewerbes ist insbesondere nach [§ 34a Abs. 1 Satz 3 Nr. 1 GewO](#) die vorherige Prüfung einer spezifischen Zuverlässigkeit notwendig. Dies ergibt sich aus der besonderen Stellung dieses Gewerbes mit Blick auf seine Konflikträchtigkeit und "Nähe" zur Ausübung von Gewalt (vgl. hierzu nur BayVGh, Urteil v. 20.02.2014 - [22 BV 13.1909](#)). Nach [§ 34a Abs. 1 Satz 3 Nr. 2 GewO](#) ist die Erlaubnis ferner zu versagen, wenn die für den Gewerbebetrieb erforderlichen Mitteln oder entsprechende Sicherheiten nicht nachgewiesen werden. Dies muss ebenfalls vor Aufnahme der Tätigkeit in einem Erlaubnisverfahren geprüft werden. Der Wachmann S. durfte somit im streitgegenständlichen Zeitraum nach Gewerberecht in rechtlich zulässiger Weise nicht als selbständiger Wachmann für Dritte tätig sein. Bereits vor diesem Hintergrund greifen die wiederholten Einwendungen der Ast, es sei nicht beabsichtigt gewesen, im Rahmen eines Beschäftigungs- oder Arbeitsverhältnisses tätig zu werden, nicht durch. Denn maßgeblich ist die tatsächlich praktizierte Rechtsbeziehung nur soweit, wie sie rechtlich zulässig ist (vgl. dazu: BSG, Urteil vom 24. Januar 2007 - [B 12 KR 31/06 R](#) - mit weiteren Nachweisen). Schließlich ist darauf hinzuweisen, dass eine - vorzeitige - Aufnahme der Tätigkeit, ohne im Besitz einer Zulassung nach [§ 34a GewO](#) zu sein, mit Bußgeldern nach [§ 144 GewO](#) geahndet werden kann.

c) Es ist im vorliegenden Verfahren auch nicht ersichtlich, dass die Ag die Beitragspflicht in Bezug auf den Wachmann S. unzutreffend ermittelt hätte.

aa) Zutreffend hat die Ag die Berechnung eines Bruttoarbeitsentgelts unter Anwendung von [§ 14 Abs. 2 Satz 2 SGB IV](#) auf der Grundlage eines hochzurechnenden Nettoarbeitsentgeltes vorgenommen. Voraussetzung hierfür ist das Vorliegen einer sogenannten illegalen Beschäftigung. Nach höchstrichterlicher Rechtsprechung genügt hierzu in objektiver Hinsicht, dass der Arbeitgeber - wie oben festgestellt - die Betroffenen zu Unrecht als selbständig behandelt und insgesamt weder Steuern noch Beiträge zur Sozialversicherung und zur Arbeitsförderung abgeführt hat. In subjektiver Hinsicht ist darüber hinaus zumindest bedingter Vorsatz bezogen auf die Vorenthaltung der Beiträge zu fordern (BSG, Urteil v. 9.11.2011, [B 12 R 18/09 R](#), [SozR 4-2400 § 14 Nr. 13](#)). Bedingt vorsätzlich handelt, wer seine Beitragspflicht für möglich gehalten und die Nichtabführung der Beiträge billigend in Kauf genommen hat (Senat, Beschluss v. 16.9.2013, [L 8 R 361/13 B ER](#), m.w.N., juris). Nach summarischer Prüfung sind diese Voraussetzungen erfüllt. Wie oben ausgeführt, sprechen ganz wesentliche Gesichtspunkte für eine abhängige Beschäftigung des F. S. ... Gewichtige Anhaltspunkte für eine Selbständigkeit sind hingegen nicht zu erkennen. Namentlich weil Herr S. dieselbe Tätigkeit wie die regulär beschäftigten Wachmänner der Ast ausübte und dieser - anders als die Ast - nicht über eine Erlaubnis nach [§ 34a GewO](#) verfügte, stand der Ast klar vor Augen, dass eine Tätigkeit auf selbständiger Basis rechtlich nicht möglich war. Diese Umstände belegen, dass die Ast sehr wohl die Möglichkeit in Betracht zog, Beiträge aus Beschäftigung zu schulden, sich aber mit deren Nichtabführung abgefunden hatte.

Bei der Ermittlung des zu verbeitragenden Arbeitsentgelts sind nach [§ 14 Abs. 1 Satz 1 SGB IV](#) alle laufenden oder einmaligen Einnahmen

aus einer Beschäftigung heranzuziehen, gleichgültig ob ein Rechtsanspruch auf die Einnahmen besteht, unter welcher Bezeichnung oder in welcher Form sie geleistet werden oder ob sie unmittelbar aus der Beschäftigung oder im Zusammenhang mit ihr erzielt werden. Die so ermittelten Einnahmen sind unter Einbeziehung des auf sie entfallenden gesetzlichen Arbeitnehmeranteils und der (direkten) Steuern auf ein hypothetisches Bruttoarbeitsentgelt "hochzurechnen". Dies ist im vorliegenden Fall -jedenfalls nach der gebotenen summarischer Prüfung - in Anwendung des [§ 39c Abs. 1](#) Einkommensteuergesetz dem Grunde nach zu Recht nach der (ungünstigen) Steuerklasse VI erfolgt (vgl. BSG a.a.O.).

bb) Auf die geschuldeten Sozialversicherungsbeiträge sind dem Grunde nach auch Säumniszuschläge nach [§ 24 SGB IV](#) zu erheben. Dem steht [§ 24 Abs. 2 SGB IV](#) nicht entgegen. Danach sind Säumniszuschläge nur dann nicht zu erheben, soweit der Beitragsschuldner glaubhaft macht, dass er unverschuldet keine Kenntnis von der Zahlungspflicht hatte. Eine unverschuldete Unkenntnis hat der Antragsteller nicht glaubhaft gemacht. Wie bereits zu den Voraussetzungen des [§ 14 Abs. 2 Satz 2 SGB IV](#) dargelegt, sprechen die tatsächlichen Umstände für ein bedingt vorsätzliches Vorenthalten der geschuldeten Sozialversicherungsbeiträge.

d) Ernsthafte Zweifel bestehen jedoch hinsichtlich der Höhe der berechneten Beitragsnachforderung. Die Beschäftigten D. E. und G. C. wurden - anders als die übrigen auf Bl. 213 Akte der Ag aufgeführten nicht im Bewachungsbereich Tätigen - nach dem Tarifvertrag für das Bewachungsgewerbe verbeitragt. Es ist auch nicht erkennbar, welche der nach dem örtlichen Anwendungsbereich in Frage kommenden Lohnstarifverträge für das Bewachungsgewerbe der jeweiligen Bundesländer der Berechnung zu Grunde gelegt worden ist. Dies wäre erforderlich gewesen, weil die Vergütungshöhe je nach örtlichen Geltungsbereich Differenzen aufweist. Schließlich sehen die jeweiligen Lohnstarifverträge eine unterschiedliche Vergütungshöhe je nach Lohngruppe vor, wobei sich diese an den Anforderungen der Bewachungstätigkeiten ausrichtet. Die entsprechenden Ermittlungen, namentlich der Anhörung der betroffenen Personen ist nicht erfolgt (vgl. dazu BSG, Urteil 7.5.2014 - [B 12 R 18/11 R](#)).

Im Rahmen der gebotenen summarischen Überprüfung, ist in Anbetracht der in Frage kommenden Tarifverträge einschließlich der einschlägigen Eingruppierungen vorerst eine Gesamtbeitragsnachforderung in Höhe von 70.000 EUR angemessen. Die genaue betragsmäßige Berechnung Nachforderung und die personengenaue Zuordnung bleibt dem Hauptsacheverfahren vorbehalten.

4. Weil eine unbillige Härte nicht ausreichend glaubhaft gemacht wurde und auch sonst nicht erkennbar ist, bleibt die Beschwerde im Übrigen ohne Erfolg.

5. Die Kostenentscheidung beruht auf [§ 197 a Abs. 1 Satz 1 SGG](#) i.V.m. [§§ 154 Abs. 1](#), [155 Abs. 1 Satz 1 VwGO](#).

6. Die Festsetzung des Streitwertes folgt aus [§ 197 a Abs. 1 Satz 1 SGG](#) i.V.m. [§§ 52, 53 GKG](#) und berücksichtigt die im Beschwerdeverfahren streitige Nachforderung zu 1/3.

Dieser Beschluss beendet das Verfahren auf Gewährung einstweiligen Rechtsschutzes und ist gemäß [§ 177 SGG](#) unanfechtbar.
Rechtskraft

Aus
Login
FSB
Saved
2015-03-12