

L 16 B 7/08 R ER

Land
Nordrhein-Westfalen
Sozialgericht
LSG Nordrhein-Westfalen
Sachgebiet
Rentenversicherung
Abteilung
16
1. Instanz
SG Aachen (NRW)
Aktenzeichen
S 23 R 19/08 ER
Datum
27.03.2008
2. Instanz
LSG Nordrhein-Westfalen
Aktenzeichen
L 16 B 7/08 R ER
Datum
05.11.2008
3. Instanz
Bundessozialgericht
Aktenzeichen

-
Datum

-
Kategorie
Beschluss
Leitsätze

1.
Der Widerspruch gegen Beitragsbescheide der Träger der Rentenversicherung nach [§ 28p Abs. 1 Satz 5 SGB IV](#) (Betriebsprüfungsbescheide) hat (wie auch die Klage) keine aufschiebende Wirkung im Sinne von [§ 86a Abs. 1 Satz 1 SGG](#), selbst wenn die Entscheidung darauf beruht, dass ein Beschäftigungsverhältnis vorgelegen habe. Die aufschiebende Wirkung entfällt nach [§ 86a Abs. 2 Nr. 1 SGG](#).

2.
[§ 7a Abs. 7 Satz 1 SGB IV](#) (aufschiebende Wirkung bei gegen Entscheidungen in einem Statusverfahren nach [§ 7a Abs. 2 SGB IV](#)) ist auf Beitragsbescheide nach [§ 28p Abs. 1 Nr. 5 SGB IV](#) nicht entsprechend anwendbar. Die Vergünstigung der aufschiebenden Wirkung kommt nur solchen Arbeitgebern zu, die vor oder bei Beginn eines Vertragsverhältnisses daran beteiligt waren, den Status eines Mitarbeiters für die Zukunft zu klären. Insbesondere bei dem Verdacht der illegalen Beschäftigung für die Vergangenheit verbleibt es bei dem Wegfall der aufschiebenden Wirkung nach [§ 86a Abs. 2 Nr. 1 SGG](#). Einstweiligen Rechtsschutz kann der Arbeitgeber in diesen Fällen nur nach [§ 86a Abs. 3](#) und [§ 86b Abs. 1 Nr. 2 SGG](#) erlangen.

Die Beschwerde der Antragstellerin gegen den Beschluss des Sozialgerichts Aachen vom 27. März 2008 wird zurückgewiesen. Die Antragstellerin trägt die Kosten des Beschwerdeverfahrens. Der Streitwert wird auch für das Beschwerdeverfahren auf 15.446,62 EUR festgesetzt.

Gründe:

I. Die Antragstellerin (ASt'in) wendet sich gegen eine Beitragsnachforderung von Gesamtsozialversicherungsbeiträgen in Höhe von 61.786,48 EUR zuzüglich Säumniszuschlägen (SZ) von 6.646,50 EUR, die nach einer Betriebsprüfung gemäß [§ 28p Abs. 1](#) Viertes Buch Sozialgesetzbuch (SGB IV) vom 29.06. bis 06.08.2007 durch Bescheid der Antragsgegnerin (AG'in) vom 28.11.2007 festgesetzt worden sind. Gegen die unter dem Namen der ASt'in handelnden B E sind ein staatsanwaltliches Ermittlungsverfahren der Staatsanwaltschaft (StA) Aachen (Az: 301 Js 943/06; wegen des Verdachts auf Vorenthalten von Beiträgen zur Sozialversicherung) und Ermittlungsverfahren des Hauptzollamtes (HZA) B - Finanzkontrolle Schwarzarbeit - (Az: 000) und des Finanzamtes (FA) B (St-Nr: 000) anhängig. Die Beitragsnachforderung beruht auf Tätigkeiten der polnischen Staatsbürger U L, T L, N Q, X C, L L, A N, X M und L C im Prüfzeitraum vom 01.08.2005 bis zum 30.11.2006 für die ASt'in, wobei umstritten ist, ob diese als sog selbständige Nachunternehmer oder als abhängig Beschäftigte der ASt'in tätig geworden sind. Den Antrag vom 14.12.2007 auf Aussetzung der Vollziehung des Bescheides vom 28.11.2007 lehnte die AG'in ab (Bescheid vom 01.02.2008).

Mit Beschluss vom 27.03.2008 hat das Sozialgericht (SG) Aachen den Antrag der ASt'in vom 07.02.2008 auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung des Widerspruchs vom 14.12.2007 gegen den Bescheid vom 28.11.2007 abgelehnt und zur Begründung ausgeführt, dem Widerspruch komme nach [§ 86a Abs. 2 Nr. 1](#) Sozialgerichtsgesetz (SGG) keine aufschiebende Wirkung zu; die in der Rechtsprechung herangezogene Ausnahmenvorschrift des [§ 7a Abs. 7 Satz 1 SGB IV](#) greife nicht ein, denn diese Vorschrift ordne nur die aufschiebende Wirkung eines Widerspruchs im Rahmen eines hier nicht vorliegenden Statusverfahrens nach [§ 7a Abs. 1 SGB IV](#) an. Die Voraussetzungen der Anordnung der aufschiebenden Wirkung nach [§ 86b Abs. 2 Nr. 1 SGG](#) seien vorliegend nicht erfüllt, denn ernsthafte Zweifel an der Rechtmäßigkeit des angefochtenen Bescheides beständen nicht und die Vollziehung stelle für die ASt'in keine unbillige, nicht durch überwiegende öffentliche Interessen gebotene Härte dar.

Gegen diesen, ihrem Prozessbevollmächtigten am 29.03.2008 zugestellten Beschluss hat die ASt'in am 02.04.2008 Beschwerde eingelegt und zur Begründung vorgetragen, das SG habe unter Außerachtlassung europäischen Rechts nicht erkannt, dass die polnischen

Staatsbürger weisungsfrei im Rahmen ausdrücklich geschlossener Nachunternehmerverträge auf eigene Rechnung tätig geworden seien. Er sei beauftragt worden, am Beispiel des vorliegenden Falles ein Vertragsverletzungsverfahren gegen die Bundesrepublik Deutschland wegen Missachtung der Freizügigkeit von Selbständigen bei der EU-Kommission anzuregen; ggf sei nach Art 234 EG-Vertrag (EGV) die notwendige Vorabentscheidung des Europäischen Gerichtshofes (EuGH) einzuholen. Zudem habe die AG´in in keiner Weise den Versuch unternommen, irgendwelche Aufklärung bei den für die AST´in tätig gewordenen Selbständigen zu betreiben. Ebenfalls habe er bei der Einsichtnahme in die Strafermittlungsakte erfahren, dass die AG´in dort bereits im Januar 2008 den Schadensbetrag für die angeblich nicht abgeführten Gesamtsozialversicherungsbeiträge nicht mehr mit 61.786,48 EUR, sondern nur noch mit 33.551,62 EUR angegeben habe. Selbst wenn bei dieser Berechnung eine sog "Nettolohn-Abrede" unterstellt worden sei, könne der Unterschied zwischen Netto- und Bruttolohn nicht rund 100% betragen. Er vermute weiterhin, dass die AG´in während des gesamten Verfahrens ihre Akten unvollständig vorgelegt habe und möglicherweise zusätzliche (Geheim-)Akten führe.

Die AG´in beantragt sinngemäß,

den Beschluss des Sozialgerichts Aachen vom 27.03.2008 abzuändern und festzustellen, dass der Widerspruch vom 14.12.2007 gegen den Bescheid vom 28.11.2007 aufschiebende Wirkung habe,

hilfsweise, die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs vom 14.12.2007 gegen den Bescheid vom 28.11.2007 anzuordnen,

weiter hilfsweise, vor einer Entscheidung des erkennenden Senates der Antragsgegner aufzugeben, die ("diesmal aber wirklich") vollständigen Akten dem Gericht vorzulegen; zu erklären, wieso die genannten Aktenteile bisher vorenthalten gewesen seien, und zu versichern, dass die Akten nunmehr vollständig seien, und Akteneinsicht in die vollständigen Akten zu gewähren.

Die AG´in beantragt,

die Beschwerde zurückzuweisen.

Zur Begründung bezieht sie sich auf den Inhalt des angefochtenen Beschlusses. Hinsichtlich der Schadensneuberechnung hat sie ein Büroversehen eingeräumt: Sie habe die Verwaltungsakten vollständig zur Verfügung gestellt und erst am 13.10.2008 durch Übersendung der Unterlagen von ihrem Prüfdienst (7 Seiten, Fax vom 13.10.2008 - 10.28- Uhr) Kenntnis von der Anfrage der StA vom 10.12.2007 und der Schadensneuberechnung erhalten. Auswirkungen auf das anhängige Verfahren habe die dort enthaltene Neuberechnung nicht, denn diese sei nur auf Anfrage der StA auf der Grundlage der in der Verwaltungsakte dokumentierten Zahlungen als Bruttolöhne erfolgt. Bei der hier streitigen Berechnung der Nachforderung von Gesamtsozialversicherungsbeiträgen seien die aktenmäßig dokumentierten Zahlungen aber um die Abgaben zur gesetzlichen Sozialversicherung zu erhöhen; allein dies stelle die Berechnungsgrundlage für die (nach-) erhobenen Sozialabgaben dar.

Die AG´in hat noch am 13.10.2008 (Fax vom selben Tag - 14.48 Uhr -, ebenfalls 7 Seiten) die Unterlagen ihres Prüfdienstes dem Senat per Fax zur Verfügung gestellt; ein Doppel hat der Bevollmächtigte am 15.10.2008 ebenfalls per Fax übermittelt bekommen.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes und des Vorbringens der Beteiligten im Einzelnen wird auf den Inhalt der Prozess- und der Verwaltungsakte der AG in Bezug genommen, die ihrem Inhalt nach Gegenstand der Entscheidung gewesen sind.

II. Die Beschwerde, über die der Senat ohne Hinzuziehung ehrenamtlicher Richter entscheiden konnte (§§ 12 Abs 1 Satz 1, 176 SGG), ist zulässig. Insbesondere liegt in dem erstmals im Beschwerdeverfahren gestellten Antrag, die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs vom 14.12.2007 gegen den Bescheid der AG´in vom 28.11.2007 festzustellen, keine Antragsänderung im Rechtssinne (§ 99 Abs 3 Nr 2 SGG), denn der Antragsgrund, dh der historische Lebenssachverhalt, aus dem die AST´in ihre Ansprüche ableitet, ist derselbe geblieben (dazu: Leitherer, in Meyer/Ladewig/Keller/Leitherer, SGG, Kommentar, 9. Auflage 2008, § 99 Randnummer - Rn - 2b f). Ein solcher Antrag ist auch zulässig; selbst wenn dem Widerspruch vom 14.12.2007 bereits nach dem Gesetz unmittelbar aufschiebende Wirkung zukäme, muss es einem Rechtsmittelführer zumindest in den Fällen, in denen eine Behörde - wie hier (ua Bescheid vom 01.02.2008) - eine solche Wirkung verneint, möglich sein, aus Gründen der Rechtsklarheit eine entsprechende Feststellung deklaratorischer Art zu erwirken (Beschluss des erkennenden Senats vom 07.07.2008 - [L 16 B 30/08 KR ER](#) - juris.de -).

Die Beschwerde ist nicht begründet. Zu Recht und mit ausführlicher und inhaltlich vollumfänglich zutreffender Begründung hat das SG zunächst die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs der AST´in vom 14.12.2007 gegen den Bescheid der AG´in vom 28.11.2007 verneint. Der Senat folgt nach eigener Prüfung der Argumentation des SG und verweist zur Vermeidung von Wiederholungen insoweit auf die entsprechenden Ausführungen im angefochtenen Bescheid, [§ 153 Abs 2 SGG](#) entsprechend.

Ergänzend weist der Senat lediglich noch darauf hin, dass der Ausschluss der aufschiebenden Wirkung unmittelbar aus [§ 86a Abs 2 Nr 1 SGG](#) folgt. Nach dieser, zum 01.01.2002 neu eingefügten Vorschrift (Art 17 des "Sechsten Gesetzes zur Änderung des Sozialgerichtsgesetzes" (6. SGG-ÄndG) vom 17.08.2001, Bundesgesetzblatt (BGBl) I, 2144) entfällt für Widersprüche und Klagen, die sich - wie vorliegend - gegen Bescheide über Anforderung von Beiträgen einschließlich der darauf entfallenden Nebenkosten (ua SZ nach [§ 24 Abs 1 SGB IV](#) (zustimmend: LSG NRW, Beschluss vom 11.09.2006 - L 5 (3) KR 10/06 R - juris.de -; anderer Ansicht (aa) Keller, in Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer, aaO, § 86a Rn 13a) richten, die aufschiebende Wirkung (sog Suspensiveffekt).

Dem steht nicht entgegen, dass nach [§ 7a Abs 7 Satz 1 SGB IV](#) (eingeführt durch Art 3 Abs 2 des "Gesetzes zur Förderung der Selbständigkeit" (SelbFöG) vom 20.12.1999, [BGBl I 2000, 2](#)) Widerspruch und Klage gegen Bescheide der Deutschen Rentenversicherung Bund (DRV Bund), dass eine Beschäftigung vorliegt, im Antragsverfahren nach [§ 7a Abs 1 Satz 1 SGB IV](#) aufschiebende Wirkung zukommt. Mit der herrschenden Meinung (hM) (LSG Hamburg, Beschluss vom 25.10.2000 - [L 3 B 80/00 ER](#) - [NZA-RR 2001, 658](#) -; Hessisches LSG, Beschluss vom 12.01.2005 - [L 8/14 KR 110/04](#) - juris.de -; Klattenhoff, in Hauck/Haines, SGB IV, Stand 2008, § 7a Rn 43a; KassKomm-Seewald, Sozialversicherungsrecht, Stand August 2008, [§ 7a SGB IV](#) RdNr 24; Keller, in Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer, aaO, § 86a Rn 13b) hat der Senat bereits entschieden (Beschluss vom 07.07.2008, [aaO](#)), dass unter Berücksichtigung von Historie, Systematik und Sinn und Zweck dieser Vorschrift [§ 7a Abs 7 Satz 1 SGB IV](#) nicht nur auf Statusentscheidungen der DRV Bund nach Abs 1 Satz 1 dieser Vorschrift

begrenzt ist. An dieser Rechtsprechung hält der Senat fest.

Entgegen der hM folgt aber insbesondere aus der Gesetzesbegründung zu [§ 7a Abs 7 Satz 1 SGB IV](#) ("Die Vorschrift gilt nicht nur für Statusentscheidungen (der damaligen) Bundesversicherungsanstalt für Angestellte (BfA), sondern auch für Statusentscheidungen der übrigen Sozialversicherungsträger außerhalb des Antragsverfahrens", Bundestags-Drucksache (BT-Drs) 14, 1855, S 8 zu [§ 7a Abs 7 SGB IV](#)) nicht, dass - wie hier - in Betriebsprüfungsverfahren nach [§ 28p SGB IV](#) eine Besserstellung von Arbeitgebern im Vergleich zu [§ 86a Abs 2 Nr 1 SGG](#) erfolgt (so ausdrücklich bereits Beschluss vom 07.07.2008, aaO; offen gelassen noch LSG NRW, Beschluss vom 04.06.2007 - L 5 B 1/07 R ER - nicht veröffentlicht -; zu weitgehend Pietrek, in jurisPK-SGB IV, § 7a Rn 131 und differenzierend Baier, in Krauskopf, soziale Krankenversicherung/Pflegeversicherung, Stand Juni 2008, [§ 7a SGB IV](#) Rn 21). Für diese Fälle enthält, wie ausgeführt, [§ 86a Abs 2 Nr 1 SGB IV](#) eine abschließende Regelung (zur vergleichbaren Regelung in der Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO), vgl [§ 80 Abs 2 Nr 1 VwGO](#)), die aufschiebende Wirkung eines Widerspruchs wird im Interesse der Funktionsfähigkeit der Leistungsträger ausgeschlossen ([BT-Drs 14/5943, S 25](#) zu [§ 86a SGB IV](#)).

Darin liegt keine unzumutbare Benachteiligung der Ast´in. Die hier vertretene Auslegung des [§ 7a Abs 7 Satz 1 SGB IV](#) entspricht dem Wortlaut der Norm und berücksichtigt die unterschiedlichen systematischen Zusammenhänge. Antragsverfahren nach [§ 7a Abs 1 SGB IV](#) sind von einem vorausschauenden Charakter geprägt und damit grundsätzlich nur zu Beginn einer Beschäftigung eröffnet (so zuletzt Beschluss des erkennenden Senats vom 24.10.2008 - [L 16 B 15/08 R](#) - sozialgerichtsbarkeit.de -; Hessisches LSG, Beschluss vom 10.09.2006 - L 8/14 KR 110/04 ER - juris.de -; Bayrisches LSG, Urteil vom 23.10.2007 - [L 5 KR 26/07](#) - juris.de (Revision anhängig unter [B 12 KR 31/07 R](#) -)). Sie sollen den gutgläubigen Arbeitgeber schützen ([BT-Drs 14/1855, S 6](#)). Anders als beim Tätigwerden eines Beteiligten, in der Hoffnung auf eine "schnelle und unkomplizierte" Klärung allein der Statusfrage ([BT-Drs 14/1855, S 6](#)) und damit der Herbeiführung von Rechtssicherheit für alle Beteiligten, weichen Beitragsbescheide des Rentenversicherungsträgers in Betriebsprüfungsangelegenheiten nach [§ 28p Abs 1 SGB IV](#) in wesentlicher Hinsicht von diesen Grundsätzen ab. Hier handelt es sich um eine klassische Eingriffsverwaltung mit der Befugnis, Beitragsbescheide unmittelbar zu erlassen ([§ 28p Abs 1 Satz 5 SGB IV](#)). Dogmatisch korrekt schließt [§ 7a Abs 1 Satz 1](#) letzter Halbsatz SGB IV ein Antragsverfahren denn auch aus, wenn eine Einzugsstelle oder ein anderer Versicherungsträger bereits ein Verfahren zur Feststellung der Beschäftigung eingeleitet hatte. Dieser Ausschluss gilt auch für Betriebsprüfungen nach [§ 28p Abs 1 SGB IV](#). Grund hierfür ist, dass bei einer solchen Prüfung von Amts wegen nicht nur über die Beschäftigung, sondern über den Beitragstatbestand als Ganzes zu befinden ist (LSG München, aaO). Die Regelungszusammenhänge der [§§ 28a ff SGB IV](#) und damit die Anwendung des Suspensiveffektes des [§ 7a Abs 7 Satz 1 SGB IV](#) werden daher nur bei reinen Statusentscheidungen verdrängt; gerade bei einem im Rahmen einer Prüfung nach [§ 28p Abs 1 SGB IV](#) durch den Rentenversicherungsträger festgestellten Verdacht auf Schwarzarbeit ist für eine beitragsrechtliche Honorierung des zumeist bösgläubigen Arbeitgebers schlechterdings kein Raum. Derartige Arbeitgeber sind gerade nicht von den Meldepflichten nach [§ 28a Abs 1](#) und 3 SGB IV befreit und zur Abführung des Gesamtsozialversicherungsbeitrags nach [§ 28d SGB IV](#) verpflichtet. Es verbleibt bei der allgemeinen Fälligkeitsregelung des [§ 23 SGB IV](#) mit der Folge, dass SZ - anders als nach [§ 7a Abs 6 Satz 2 SGB IV](#) (dazu Pietrek, aaO, [§ 7a SGB IV](#) Rn 134) - nach Maßgabe des [§ 24 SGB IV](#) anfallen.

Wie der zur Entscheidung stehende Fall deutlich zeigt, liegt ein derartiger Sachverhalt hier vor. Die vermeintliche Schwarzarbeit wurde von der AG´in im Rahmen einer Betriebsprüfung nach [§ 28p Abs 1 SGB IV](#) festgestellt und zugleich beitragsrechtlich mit Bescheid vom 28.11.2007 nach [§ 28p Abs 1 Satz 5 SGB IV](#) umgesetzt. Der Ast´in geht es allein um Abwehransprüche der ihrer Meinung nach rechtswidrigen Beitragsfestsetzung. Dabei hatte sie es selbst in der Hand, rechtzeitig (vor oder bei Aufnahme der fraglichen Tätigkeiten) den Status ihrer vorgelassenen Nachunternehmer von der DRV Bund prüfen zu lassen. Einen entsprechenden Antrag hat sie aber gerade nicht gestellt. Sie wird durch den fehlenden Suspensiveffekt ihres Widerspruchs zudem nicht rechtlos gestellt, vielmehr ist ihr - wie von ihr auch beschritten und vom SG zutreffend entschieden - der Weg einer einstweiligen Anordnung nach [§ 86b Abs 1 Nr 2 SGG](#) eröffnet.

Die Voraussetzungen dieser Vorschrift liegen, was das SG ebenfalls zutreffend ausgeführt hat, allerdings nicht vor. Die Anordnung der aufschiebenden Wirkung steht im pflichtgemäßen Ermessen des erkennenden Senats. Dabei sind die Erfolgsaussichten des Widerspruchs (und der Klage), das Einzel- und das öffentliche Interesse gegeneinander abzuwägen (Zeihe, in Das Sozialgerichtsgesetz und seine Anwendung, Kommentar, Loseblatt, Stand 01.05.2008, § 86a Anm 8a). Dem Gesetz ist insoweit ein Regel-/Ausnahmeverhältnis bzgl. der Anordnung der aufschiebenden Wirkung zu entnehmen, denn der Gesetzgeber schätzt in den Fällen des [§ 86a Abs 2 Nr 1 SGG](#) durch den ausdrücklichen Ausschluss der aufschiebenden Wirkung von Widerspruch und Anfechtungsklage das öffentliche Interesse an einem Sofortvollzug von Beitragsbescheiden grundsätzlich höher ein als das Privatinteresse an der vorläufigen Aussetzung ([§ 86a Abs 3 Satz 2 SGG](#)). Es gilt der Grundsatz: Je größer die Erfolgsaussichten von Widerspruch und Anfechtungsklage, um so geringere Anforderungen sind an das Aussetzungsinteresse der Ast´in zu stellen; sind die Erfolgsaussichten nicht abschätzbar, verbleibt es bei der allgemeinen Interessensabwägung, wobei für die Durchbrechung des in [§ 86a Abs 2 Nr 1 SGG](#) angeordneten Suspensiveffektes das private Aussetzungsinteresse deutlich gegenüber dem öffentlichen Interesse überwiegen muss.

Nach diesen Grundsätzen hat das SG zutreffend ernste Zweifel an der Rechtmäßigkeit des angefochtenen Bescheides und ein schutzwürdiges, überwiegendes privates Aussetzungsinteresse der Ast´in zu Recht und mit zutreffender Begründung verneint; auch insoweit verweist der Senat auf die Ausführungen im angefochtenen Beschluss, [§ 153 Abs 2 SGG](#) entsprechend.

Auch das weitere Beschwerdevorbringen rechtfertigt keine andere Entscheidung in der Sache. Bei der hier gebotenen summarischen Prüfung ist ein Erfolg der Ast´in in einem späteren Hauptsacheverfahren nicht wahrscheinlicher als ein Misserfolg. Im Gegenteil spricht nach Lage der Akten Einiges dafür, dass entgegen der Rechtsauffassung der Ast´in nicht allein auf die Nachunternehmerverträge abgestellt werden kann. Über die rechtliche Einordnung dieser Verträge entscheidet der Geschäftsinhalt und nicht die von den Parteien gewünschte oder unterstellte Rechtsfolge (Bundessozialgericht (BSG) in ständiger Rechtsprechung, vgl Urteil vom 24.01.2007 - [B 12 KR 31/06 R](#) - [SozR 4-2400 § 7 Nr 7](#) -; zuletzt vom 28.05.2008 - [B 12 KR 13/07 R](#) - juris.de -). Maßgebend ist stets die tatsächliche Durchführung dieser Verträge, weil sich aus der faktischen Handhabung der Vertragsbeziehungen am ehesten Rückschlüsse darauf ziehen lassen, von welchen Rechten und Pflichten die Vertragsparteien ausgegangen sind, was sie also wirklich gewollt haben. Insoweit hat das SG zutreffend die widersprüchlichen Vertragsinhalte mit der bisher ermittelten tatsächlichen Durchführung der Verträge in Beziehung gesetzt. Daran ändert auch der Inhalt der eidesstattlichen Versicherung des Ehemanns von B E, K E, vom 25.02.2008, nichts. Im Gegenteil spricht nach dieser Versicherung sogar Vieles dafür, dass die polnischen Staatsbürger in den Betrieb der Ast´in fest eingegliedert waren, denn für den Senat ist nicht ersichtlich, dass den "Nachunternehmern" tatsächlich ein wirtschaftlicher Entscheidungsspielraum bei den wohl von der Ast´in vorgegebenen Festpreisen verblieb und zuvor eigene Aufmaße und eine Preiskalkulation überhaupt stattfanden. Herr E hat zudem

engmaschige Kontrollen und eine regelmäßige Präsenz vor Ort eingeräumt. Dass in diesem Zusammenhang auch eigenverantwortliche Tätigkeiten erbracht worden sind, liegt in der Natur der Sache, wenn die "Nachunternehmer" parallel auf mehreren Baustellen für die ASt'in tätig waren.

Der Senat folgt schließlich der Rechtsauffassung der ASt'in nicht, soweit diese behauptet, bei den polnischen Staatsbürgern sei kein Versuch unternommen worden, "irgendwelche Aufklärung ... zu betreiben". Tatsächlich fand - aktenmäßig dokumentiert - bei U L und T L bereits am 20.09.2006 durch das HZA eine Prüfung statt, die - wohl - vollständigen Vertragsunterlagen zu den Nachunternehmerverträgen liegen in der Verwaltungsakte der AG'in vor und es wurde mehrfach - erfolglos - versucht, die polnischen Staatsbürger zu vernehmen (vgl. Aktenvermerk HZA vom 12.01.2007). Dabei muss berücksichtigt werden, dass vier der acht polnischen Staatsbürger ausweislich des vorbezeichneten Vermerks des HZA bereits am 12.12.2006 ihre Gewerbe in Deutschland formell bereits wieder aufgegeben hatten. Soweit die ASt'in durch Einschaltung nationaler Kontaktstellen anregt hat, weiter Beweis zu erheben, kann dies nicht im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes erfolgen, sondern bleibt einem späteren Hauptsacheverfahren vorbehalten.

Etwas anderes ergibt sich weder aus über- noch aus zwischenstaatlichem Recht, [§ 6 SGB IV](#). Der EuGH hat gerade in der von der ASt'in angeführten Entscheidung (Urteil vom 20.11.2001 - [C-268/99](#) - EuGHE I, 8615) ausdrücklich die Prüfungskompetenz der nationalen Gerichte zum Vorliegen einer selbständigen bzw. unselbständigen Tätigkeit bejaht. Nichts anderes hat das SG in dem angefochtenen Beschluss getan, als es das Vorliegen einer selbständigen Tätigkeit hinsichtlich der "Nachunternehmer" bestenfalls als offen angesehen hat; dem folgt - wie ausgeführt - der Senat nach eigener Prüfung. Eines Vorabentscheidungsersuchens nach Art 234 EGV an den EuGH bedarf es wegen der klaren Rechtslage nicht (dazu BSG, Urteil vom 28.07.2008 - [B 1 KR 4/08 R](#) - juris.de -). Es handelt sich ausschließlich um reine Tatsachenfeststellungen und die ASt'in hat auch keine klärungsbedürftigen Vorlagefragen formuliert; auch für den Senat sind solche Fragen jedenfalls im jetzigen Verfahrensstadium nicht ersichtlich.

Soweit die ASt'in erstmals nach Bekanntwerden der Neuberechnung der Arbeitnehmer- und Arbeitgeberbeiträge aufgrund der StA-Anfrage vom 10.12.2007 die nachzuzahlende Beitragshöhe pauschal bestreitet, führt dies ebenfalls zu keiner anderen Entscheidung in der Sache. Wie die ASt'in selber einräumt, lag dieser Berechnung ausdrücklich ein anderer Schadensansatz zu Grunde. Tatsächlich waren, worauf die AG'in bereits im Bescheid vom 28.11.2007 ausdrücklich und zu Recht hingewiesen hat, die aktenmäßig dokumentierten Zahlungen auf sog. Bruttolöhne hochzurechnen ([§ 14 Abs 2 SGB IV](#)). Weder hat die ASt'in bei dieser Berechnung konkrete Rechenfehler behauptet noch waren solche für den Senat nach Lage der Akten erkennbar. Die AG'in hat ihrer Berechnung auch ersichtlich keine falschen Tatsachen zugrundegelegt, denn die Berechnung basiert ausschließlich auf den eigenen Unterlagen der ASt'in, die bei der Durchsuchung vom 07.12.2007 sichergestellt, in der Verwaltungsakte der AG'in vollständig dokumentiert und im Bescheid vom 28.11.2007 aufgeführt worden sind.

Bei dieser Sachlage hat der Senat keine Veranlassung gesehen, die Entscheidung über die Beschwerde auszusetzen und nochmals Akteneinsicht zu gewähren. Der ASt'in lagen die vollständigen Akten mit der Neuberechnung aus Januar 2008 spätestens am 15.10.2008 vor. Hierzu hat sie auch bereits am 17.10.2008 inhaltlich Stellung genommen. Anhaltspunkte für "Geheimakten" oder zurückgehaltene Unterlagen auf Seiten der AG'in hat der Senat nicht; diese hat vielmehr nachvollziehbar und glaubhaft das Versehen ihres Prüfdienstes eingeräumt. Die ASt'in hat zudem weder behauptet noch in geeigneter Weise glaubhaft gemacht, dass konkrete Unterlagen existieren, die die hier getroffene Entscheidung in Frage stellen. Im Gegenteil basiert die hier getroffene Beschwerdeentscheidung ausschließlich auf Unterlagen, die der ASt'in vollumfänglich zugänglich gemacht worden sind und zu denen sie mehr als ausreichend Gelegenheit hatte, inhaltlich Stellung zu nehmen. Tatsächlich spricht nach Lage der Akten sogar Einiges dafür, dass das prozessuale Verfahren der ASt'in jedenfalls teilweise darauf angelegt ist, eine zeitnahe Entscheidung des vorläufigen Rechtsschutzes und damit eine Vollstreckung der fälligen Beitragsschuld zu verzögern. Dabei verkennt der Senat nicht, dass in einem späteren Hauptsacheverfahren die zahlreichen Ermittlungsakten in dieser Streitsache beizuziehen und im Detail weiter auszuwerten und die ASt'in zu einer weiteren Präzisierung ihres bisher nur eingeschränkt aussagekräftigen Tatsachenvorbringens aufzufordern sein werden. Gleiches gilt für die noch notwendigen weiteren Bemühungen zur Aufklärung des Sachverhalts von Amts wegen, etwa durch den Versuch, die polnischen Staatsbürger zu vernehmen. Diese Ermittlungen würden aber den Rahmen des hier nur vorliegenden vorläufigen Rechtsschutzverfahrens sprengen und bleiben einem Hauptsacheverfahren vorbehalten.

Bei dieser Sachlage kommt damit bestenfalls gleichermaßen eine Entscheidung in die eine wie in die andere Richtung in Betracht, mit der Folge, dass es bei der durch den Gesetzgeber in [§ 86a Abs 2 Nr 1 SGG](#) vorgegebenen Risikoverteilung zu Lasten der ASt'in verbleiben muss. Bei der danach anzustellenden Interessenabwägung kann sich die ASt'in, wie ebenfalls vom SG unter Hinweis auf den Beschluss des LSG NRW vom 17.01.2005 (- L [1 B 9/03](#) KR ER - Breithaupt, 2005, 437) rechtsfehlerfrei näher ausgeführt, nicht mit Erfolg darauf berufen, dass die Vollziehung des angefochtenen Bescheides vom 28.11.2007 für sie eine unbillige, nicht durch überwiegende öffentliche Interessen gebotene Härte im Sinne des [§ 86a Abs 3 Satz 2 SGG](#) zur Folge habe. Die im Beschwerdeverfahren vorgetragene und zudem nicht näher glaubhaft gemachte Insolvenzgefahr reicht hierfür ebenfalls nicht aus. Bei der Beitragsnachforderung handelt es sich um die Erfüllung der im Beitragsrecht jedem Arbeitgeber auferlegten Pflichten; zudem hat sich die ASt'in ausdrücklich vorbehalten, nach Klärung der Rechtmäßigkeit der Beitragsnachforderung einen Stundungsantrag ([§ 76 Abs 2 Nr 1 SGB IV](#)) zu stellen.

Die Kostenentscheidung folgt aus [§ 197a SGG](#) iVm [§ 154 Abs 1](#) Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO). Die mit Beschluss vom 07.05.2008 vorgenommen Streitwertfestsetzung des SG begegnet keinen rechtlichen Bedenken und gilt so auch für das Beschwerdeverfahren.

Dieser Beschluss kann nicht mit der Beschwerde an das BSG angefochten werden, [§ 177 SGG](#).

Rechtskraft

Aus

Login

NRW

Saved

2008-12-15