

L 8 R 737/13 B ER

Land
Nordrhein-Westfalen
Sozialgericht
LSG Nordrhein-Westfalen
Sachgebiet
Rentenversicherung
Abteilung
8
1. Instanz
SG Düsseldorf (NRW)
Aktenzeichen
S 44 R 645/13 ER
Datum
08.07.2013
2. Instanz
LSG Nordrhein-Westfalen
Aktenzeichen
L 8 R 737/13 B ER
Datum
08.04.2014
3. Instanz
Bundessozialgericht
Aktenzeichen

-
Datum

-
Kategorie
Beschluss

Auf die Beschwerde des Antragstellers vom 19.7.2013 wird der Beschluss des Sozialgerichts Düsseldorf vom 8.7.2013 geändert. Die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs vom 4.12.2012 gegen den Bescheid vom 22.11.2012 wird hinsichtlich der Nachforderungen für die Beschäftigten G, I, II, N, T, P und S - gegebenenfalls einschließlich der jeweiligen Säumniszuschläge - angeordnet. Im Übrigen wird die Beschwerde zurückgewiesen. Die Kosten des Verfahrens in beiden Instanzen tragen der Antragsteller zu drei Fünftel und die Antragsgegnerin zu zwei Fünftel. Der Streitwert wird für das Beschwerdeverfahren auf 5.050,60 EUR festgesetzt.

Gründe:

I.

Der Antragsteller begehrt die Anordnung der aufschiebenden Wirkung seines Widerspruchs gegen einen Betriebsprüfungsbescheid der Antragsgegnerin, mit dem diese ihn auf Nachzahlung von Sozialversicherungsbeiträgen sowie darauf entfallener Säumniszuschläge in Anspruch nimmt.

Der Antragsteller übt unter der Firma "U - U K Consulting" seit dem 1.7.2001 im Bereich Unternehmensberatung, Agentur für Sponsoring, Events und Incentives, Werbegestaltung und Werbevermittlung ein Gewerbe aus. Seit dem Jahr 2009 betreibt er ferner auf dem E Weihnachtsmarkt die "(B-) Winterwelt", welche aus einer 450 m² großen Eisbahn mit Umkleidegelegenheit und angeschlossenen Gastronomiebetrieb im Rahmen eines ca. 200 m² großen Veranstaltungszeltes, "I" genannt, besteht. Der angegliederte Schlittschuhverleih ist an Dritte verpachtet. Die Nutzung der Eisbahn ist für die Besucher unentgeltlich und wird durch Sponsoren, Bandenwerbung und durch die Erlöse aus der Gastronomie finanziert.

In den Jahren 2009 und 2010 fand der E Weihnachtsmarkt in den Monaten November und Dezember statt. In dieser Zeit währten die Öffnungszeiten des Antragstellers täglich von 11:00 Uhr bis 24:00 Uhr an sieben Tagen in der Woche. Er beschäftigte diesbezüglich sowohl eigene - zur Sozialversicherung angemeldete - Arbeitnehmer als auch weitere Personen, deren Status zwischen den Beteiligten streitig ist. Der jeweils gezahlte Stundenlohn lag 2009 einheitlich bei 9,00 EUR und 2010 bei 10,00 EUR pro Arbeitsstunde.

Aufgrund einer Anzeige wegen Schwarzarbeit durch die ehemals für den Antragsteller tätige Frau II leitete das Hauptzollamt L - Finanzkontrolle Schwarzarbeit - (HZA) gegen den Antragsteller ein Ermittlungsverfahren wegen des Verdachts des Vorenthaltens und Veruntreuens von Arbeitsentgelt ein.

Im Rahmen einer Überprüfung durch das HZA am 22.12.2010 im Betrieb des Antragstellers trafen die Beamten sowohl diesen als auch mehrere Mitarbeiter an. Der Antragsteller erklärte, ausschließlich sog. freie Mitarbeiter zu beschäftigen. Von den ebenfalls befragten Mitarbeitern gab Frau L an, bei ihm seit dem 10.12.2010 als Küchenhilfe und im Service beschäftigt zu sein. Ihre Arbeitszeit bezifferte sie auf ca. 14 Stunden täglich an sieben Tagen in der Woche. Die Bezahlung liege bei 10,00 EUR pro Stunde nach Rechnungsstellung.

Am 6.10.2011 fand durch das HZA sodann eine Prüfung der Geschäftsunterlagen des Antragstellers in seinem Beisein statt. Danach beschäftigte er in den Jahren 2009 und 2010 in seinem Betrieb auf dem Weihnachtsmarkt jeweils acht zur Sozialversicherung angemeldete Mitarbeiter. Zudem waren mehrere nicht zur Sozialversicherung angemeldete Personen als Küchenhilfen, im Service sowie in der Kundenakquise tätig. Die von diesen Personen gestellten Rechnungen legte der Antragsteller vor.

Das HZA vernahm im Anschluss u.a. Frau L als Zeugin. Diese bestätigte, dass sie in der Küche ausgeholfen habe. Dazu hätten die Reinigung

der Küche, Spüldienste, das Abräumen der Tische, teilweise aber auch Servicetätigkeiten gehört. Arbeitsanweisungen habe sie direkt von dem Antragsteller erhalten. Während der Öffnungszeiten sei sie ständig im Dienst gewesen. Die Arbeitszeiten seien mit dem Antragsteller abgesprochen worden. Dieser habe dann den Dienstplan ohne Unterschiede für selbstständige oder angestellte Beschäftigte erstellt, den sie per E-Mail erhalten habe. Wenn sie verhindert gewesen sei, habe sie den Antragsteller unterrichtet, der dann für Ersatz habe sorgen müssen. Es sei eine mündliche Vereinbarung getroffen worden, wonach sie im ersten Jahr 9,00 EUR pro Stunde und im zweiten 10,00 EUR pro Stunde erhalten habe. Am Ende des Arbeitstages habe der Antragsteller die Stunden aufgeschrieben, sie habe diese abgezeichnet und sodann in Rechnung gestellt, woraufhin das Geld überwiesen worden sei. Sie habe kein Risiko als Unternehmerin gehabt. Die Arbeitskleidung in Form eines Dirndls habe sie - wie alle anderen Mitarbeiter auch - selbst stellen müssen. Für die Rechnungserstellung habe sie sich einen Computer gekauft.

Das durch die Staatsanwaltschaft E (Az. 000) geführte Ermittlungsverfahren stellte diese zunächst mit Zustimmung des zuständigen Amtsgerichtes vorläufig ein. Nach vollständiger Erfüllung der Auflage, Zahlung eines Geldbetrags in Höhe von 3.000,00 EUR an eine gemeinnützige Einrichtung, ist das Ermittlungsverfahren zwischenzeitlich gemäß § 153a Strafprozessordnung (StPO) endgültig eingestellt worden.

Die Antragsgegnerin führte sodann in der Zeit vom 16.3.2012 bis zum 12.7.2012 bei dem Antragsteller eine Betriebsprüfung für den Zeitraum vom 1.11.2009 bis zum 23.12.2010 durch. Sie wertete dafür die ihr vom HZA übersandten Unterlagen aus und hörte mit Schreiben vom 12.7.2012 den Antragsteller zu einer beabsichtigten Nachforderung von Sozialversicherungsbeiträgen in Höhe von 20.202,38 EUR inklusive Säumniszuschlägen in Höhe von 4.171,00 EUR an. Der Antragsteller habe im Prüfzeitraum mehrere Personen als Küchenhilfen und im Service beschäftigt, welche nicht zur Sozialversicherung angemeldet worden seien, obwohl es sich bei diesen um abhängig Beschäftigte gehandelt habe. Im Einzelnen betroffen seien Frau G, Herr B, Frau I sowie deren Mutter, Frau I1, Herr N, Frau J T, Frau L, Frau P und Frau S. Die entsprechenden Beiträge seien nachzuzahlen und für die Zeit vom 1.11.2009 bis zum 30.6.2012 darüber hinaus Säumniszuschläge zu berechnen.

Unter dem 14.8.2012 wandte der Antragsteller dagegen ein, dass er die Honorare der genannten Personen, die ihm ordnungsgemäß mit Steuernummer in Rechnung gestellt worden seien, bezahlt habe. Von allen Auftragnehmern sei versichert worden, dass die Einnahmen ordnungsgemäß dem Finanzamt zur Abführung der Umsatzsteuer gemeldet würden. Im Eventbereich, zu dem auch die Winterwelt gehöre, sei es üblich, dass Personen sich selbst vermarkten und ihre Leistung auf freiberuflicher Basis anböten. So sei u.a. Herr B bereits seit vielen Jahren selbstständig und habe Kunden für die Winterwelt akquiriert und betreut. Frau L arbeite seit Jahren freiberuflich in Festzelten, und er habe sie für die eigenverantwortliche Reinigung der Küche gebucht. Ihr Unternehmerrisiko liege darin, genügend Auftraggeber zu finden. Er habe seinen Auftragnehmern keine Arbeitszeiten vorgegeben, sondern die Einsatzzeiten frei mit ihnen vereinbart.

Mit Bescheid vom 22.11.2012 forderte die Antragsgegnerin von dem Antragsteller für den Prüfzeitraum vom 1.11.2009 bis zum 23.12.2010 Sozialversicherungsbeiträge inklusive Säumniszuschläge in Höhe von insgesamt 20.202,38 EUR nach.

Hiergegen erhob der Antragsteller mit Schreiben vom 4.12.2012 Widerspruch. Er wiederholte, dass die im Bescheid benannten Personen nicht als Arbeitnehmer einzustufen seien. Die meisten würden über eine Gewerbeerlaubnis verfügen. Sie seien weder in seinen Betrieb eingegliedert noch habe ihnen gegenüber eine Weisungsbefugnis hinsichtlich Zeit, Dauer, Ort und Art der Ausführung bestanden. Auch seien keine Säumniszuschläge zu zahlen. Er habe keine Kenntnis von der Zahlungspflicht haben können, da er mit den Auftragnehmern jeweils eine Tätigkeit auf freiberuflicher Basis vereinbart habe und die Parteien sich insofern einig gewesen seien. Selbst wenn von einer Beitragspflicht auszugehen sei, komme wegen seiner Unkenntnis kein Säumniszuschlag in Betracht. Im Übrigen ergebe sich aus dem Bescheid keine weitere Auseinandersetzung mit seinem Vorbringen aus dem Anhörungsverfahren.

Zudem beantragte der Antragsteller die Aussetzung der sofortigen Vollziehung. Unter dem 18.1.2013 lehnte die Antragsgegnerin den Antrag mangels Vorliegen der Voraussetzungen ab.

Am 12.4.2013 hat der Antragsteller bei dem Sozialgericht (SG) Düsseldorf einen Antrag auf Gewährung einstweiligen Rechtsschutzes gestellt. Er hat sein Vorbringen aus dem Anhörungs- und Widerspruchsverfahren wiederholt und vertieft. Ergänzend hat er vorgetragen, dass die im Bescheid angeführten Personen zwar nicht als Arbeitnehmer einzustufen seien. Doch selbst wenn davon auszugehen sei, habe es sich lediglich um kurzfristige, nicht um berufsmäßig ausgeübte Beschäftigungen während des Weihnachtsmarktes gehandelt. Darüber hinaus bedeute die Vollziehung für ihn eine unbillige, nicht durch überwiegende öffentliche Interessen gebotene Härte, da sie nicht wieder gut zu machende wirtschaftliche Folgen nach sich ziehe.

Der Antragsteller hat beantragt,

die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs vom 4.12.2012 gegen den Beitragsbescheid vom 22.11.2012 anzuordnen.

Die Antragsgegnerin hat beantragt,

den Antrag abzulehnen.

Für die Annahme einer selbstständigen Tätigkeit verbleibe in den jeweiligen Verhältnissen kein Raum. Dafür spreche gerade der Umstand, dass die Arbeitszeit abgestimmt wurde, was bei selbstständig tätigen Personen üblicherweise nicht der Fall sei. Auch könne das Vorliegen einer abhängigen Beschäftigung nicht vertraglich ausgeschlossen werden. Soweit auf das mögliche Vorliegen kurzfristiger Beschäftigungen hingewiesen werde, fehle es an Unterlagen, die im Voraus oder nach der Natur der Sache begrenzte Beschäftigungsverhältnisse belegen. Auch könne der Antragsteller nicht unter Beweis stellen, dass die Beschäftigungen nicht berufsmäßig ausgeübt worden seien. Zudem fehle es für die Annahme kurzfristiger Beschäftigungen an den entsprechenden Meldungen zur Sozialversicherung und an Nachweisen über den Status des einzelnen Beschäftigten.

Mit Beschluss vom 8.7.2013 hat das SG den Antrag im einstweiligen Rechtsschutz abgelehnt. Zwar habe der Antragsteller mit den im Bescheid genannten Personen vereinbart, dass diese in Ausübung eines selbstständigen Gewerbes eigenverantwortlich tätig würden.

Zudem hätten diese Personen auch - außer Frau I1 - jeweils ein Gewerbe angemeldet und ihre Vergütung dem Antragsteller teilweise unter Ansatz der Mehrwertsteuer in Rechnung gestellt. Allerdings könne die Bewertung einer Tätigkeit als abhängige Beschäftigung bzw. selbstständige Tätigkeit ebenso wenig wie das Bestehen oder Nichtbestehen von Sozialversicherungspflicht vertraglich vereinbart werden. Die Anmeldung eines Gewerbes und die Vergütung in Form von Rechnungen begründeten keine selbstständige Tätigkeit, sondern setzten eine solche voraus. Maßgebliche Kriterien für eine selbstständige Tätigkeit, namentlich ein Unternehmensrisiko, seien nicht festzustellen. Unterschiede zu den unstreitig als Arbeitnehmer für den Antragsteller tätigen Personen seien nicht erkennbar. Vielmehr hätten die Beschäftigten ihre Arbeitszeit mit dem Antragsteller abstimmen müssen und seien somit nach Ort, Art und Dauer der Arbeitsleistung seinem Weisungsrecht unterworfen gewesen. Kurzfristige Beschäftigungen im Sinne des [§ 8 Abs. 1 Nr. 2](#) Sozialgesetzbuch Viertes Buch (SGB IV) seien ebenfalls nicht anzunehmen. Hinsichtlich der Höhe sowie der Rechtmäßigkeit der Säumniszuschläge bestünden keine rechtlichen Bedenken. Insbesondere habe der Antragsteller keine unverschuldete Unkenntnis glaubhaft gemacht. Die Aussetzung der Vollziehung komme letztlich auch nicht aufgrund der Annahme einer mit der Vollziehung verbundenen unbilligen Härte in Betracht. Aus den vorgelegten Unterlagen ergebe sich zwar ein vorläufig negatives Betriebsergebnis. Aus welchen Gründen jedoch gerade die Bezahlung der von der Antragsgegnerin festgesetzten Beitragsforderung zur Zahlungsunfähigkeit führen sollte, sei nicht erkennbar.

Gegen den am 10.7.2013 zugestellten Beschluss hat der Antragsteller am 19.7.2013 Beschwerde eingelegt. Er wiederholt und vertieft sein erstinstanzliches Vorbringen. Es habe sich nicht um versicherungspflichtige Beschäftigungen gehandelt, da ihm weder ein Weisungsrecht zugestanden noch eine Eingliederung in den Betrieb stattgefunden habe. Die Einsatzzeiten seien mit dem jeweiligen Auftragnehmer gemeinsam abgestimmt worden. Dabei habe er Rücksicht auf die hauptberuflich ausgeübte Beschäftigung bzw. weitere Auftraggeber der jeweiligen Person nehmen müssen. Eine vorherige Planung des Ablaufs sei allerdings im Hinblick auf die nötige permanente Besetzung der Winterwelt zwingend erforderlich gewesen. Die Tätigkeit von Herrn B und Frau P seien ferner von deren eigenen Betriebsstätten erfolgt, die übrigen Personen seien jedoch auf dem Weihnachtsmarkt tätig gewesen. Honorare seien nur angefallen, wenn tatsächlich ein Arbeitseinsatz erfolgt sei. Zudem habe es sich lediglich um temporär ausgeübte Tätigkeiten der einzelnen Auftragnehmer gehandelt. Im Hinblick auf die Dauer der Beschäftigungen werde auf ein Schreiben seines Steuerberaters vom 10.6.2013 verwiesen. Zudem seien eidesstattliche Versicherungen vom 22.5.2013 und 28.5.2013 vorgelegt worden. Daraus ergebe sich eine zeitliche Begrenzung im Hinblick auf den Weihnachtsmarkt, welcher nicht länger als einen Monat dauere und regelmäßig in der Zeit von November bis Dezember eines Jahres stattfinde.

Der Antragsteller beantragt sinngemäß,

den Beschluss des Sozialgerichtes Düsseldorf vom 8.7.2013 abzuändern und die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs vom 4.12.2012 gegen den Beitragsbescheid vom 22.11.2012 anzuordnen.

Die Antragsgegnerin beantragt,

die Beschwerde zurückzuweisen.

Sie hält den Beschluss des SG für zutreffend und nimmt auf ihre bisherigen Ausführungen Bezug. Ergänzend trägt sie vor, dass der Antragsteller sich nicht mit Erfolg darauf berufen könne, dass es sich jeweils um kurzfristige Beschäftigungen im Sinne von [§ 8 Abs. 1 Nr. 2 SGB IV](#) gehandelt habe. Der erforderliche und zu den Lohnunterlagen zunehmende Nachweis, dass die Beschäftigung nicht berufsmäßig ausgeübt wurde, sei von dem Antragsteller nicht erbracht worden. Die bloße Behauptung reiche nicht aus. Die Berechnung der beitragspflichtigen Entgelte sei unter Berücksichtigung des [§ 14 Abs. 2 Satz 2 SGB IV](#) erfolgt. Er könne sich auch nicht mit Erfolg auf eine unbillige Härte berufen. Es fehle insbesondere an Angaben zu seinem Privatvermögen, mit dem er als Einzelunternehmer für die geltend gemachte Forderung hafte.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sachverhaltes und des übrigen Vorbringens der Beteiligten wird auf den Inhalt der Gerichtsakte sowie der beigezogenen Verwaltungsakte Bezug genommen.

II.

Die zulässige Beschwerde hat im tenorierten Umfang Erfolg. Sie ist hinsichtlich der Nachforderung der auf die Tätigkeiten des Herrn B und der Frau L entfallenden Sozialversicherungsbeiträge einschließlich darauf entfallener Säumniszuschläge unbegründet (dazu unter Ziff. 1), hinsichtlich der Nachforderung der Sozialversicherungsbeiträge auf die Tätigkeiten der Frau G, Frau I, Frau I1, Herrn N, Frau J T, Frau P und Frau S und der darauf entfallenden Säumniszuschläge dagegen begründet (dazu unter Ziff. 2).

Nach [§ 86b Abs. 1 Satz 1 Nr. 2](#) Sozialgerichtsgesetz (SGG) kann das Gericht der Hauptsache in den Fällen, in denen Widerspruch oder Anfechtungsklage keine aufschiebende Wirkung haben, diese ganz oder teilweise anordnen. Die aufschiebende Wirkung entfällt gemäß [§ 86a Abs. 2 Nr. 1 SGG](#) bei Entscheidungen über Beitragspflichten und die Anforderung von Beiträgen sowie der darauf entfallenden Nebenkosten einschließlich der Säumniszuschläge (vgl. zu Letzteren: Senat, Beschluss v. 7.1.2011, [L 8 R 864/10 B ER](#), [NZS 2011, 906](#); Beschluss v. 9.1.2013, [L 8 R 406/12 B ER](#), Beschluss v. 27.6.2013, [L 8 R 114/13 B ER](#) m.w.N.; jeweils juris). Die Entscheidung, ob die aufschiebende Wirkung ausnahmsweise dennoch durch das Gericht angeordnet wird, erfolgt aufgrund einer umfassenden Abwägung des Aufschubinteresses des Antragstellers einerseits und des öffentlichen Interesses an der Vollziehung des Verwaltungsaktes andererseits. Im Rahmen dieser Interessenabwägung ist in Anlehnung an [§ 86a Abs. 3 Satz 2 SGG](#) zu berücksichtigen, in welchem Ausmaß Zweifel an der Rechtmäßigkeit des angegriffenen Verwaltungsaktes bestehen oder ob die Vollziehung für den Antragsteller eine unbillige, nicht durch überwiegende öffentliche Interessen gebotene Härte zur Folge hätte.

Da [§ 86a Abs. 2 Nr. 1 SGG](#) das Vollzugsrisiko bei Beitragsbescheiden grundsätzlich auf den Adressaten verlagert, können nur solche Zweifel an der Rechtmäßigkeit des Bescheides ein überwiegendes Aufschubinteresse begründen, die einen Erfolg des Rechtsbehelfs, hier des Widerspruchs, zumindest überwiegend wahrscheinlich erscheinen lassen. Hierfür reicht es nicht schon aus, dass im Rechtsbehelfsverfahren möglicherweise noch ergänzende Tatsachenfeststellungen zu treffen sind. Maßgebend ist vielmehr, ob nach der Sach- und Rechtslage zum Zeitpunkt der Eilentscheidung mehr für als gegen die Rechtswidrigkeit des angefochtenen Bescheides spricht (vgl. Senat, Beschluss v. 7.1.2011, [a.a.O.](#); Beschluss v. 10.1.2012, [L 8 R 774/11 B ER](#); Beschluss v. 10.5.2012, [L 8 R 164/12 B ER](#); Beschluss v. 9.1.2013, [a.a.O.](#);

Beschluss v. 27.6.2013, [a.a.O.](#); juris, jeweils m.w.N.).

1. Nach der im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes gebotenen summarischen Prüfung ist gegenwärtig nicht mit überwiegender Wahrscheinlichkeit davon auszugehen, dass sich der angefochtene Bescheid im Hauptsacheverfahren hinsichtlich der Nachforderungen für Herrn B und Frau L als rechtswidrig erweisen wird.

Ermächtigungsgrundlage für die Nachforderung ist [§ 28 p Abs. 1 Satz 5 SGB IV](#). Danach erlassen die Träger der Rentenversicherung im Rahmen der Prüfung Verwaltungsakte zur Versicherungspflicht und Beitragshöhe der Arbeitnehmer in der Sozialversicherung gegenüber den Arbeitsgebern. Nach [§ 28e Abs. 1 SGB IV](#) hat der Arbeitgeber den Gesamtsozialversicherungsbeitrag für die bei ihm Beschäftigten, d.h. die für einen versicherungspflichtigen Beschäftigten zu zahlenden Beiträge zur Kranken-, Renten-, Arbeitslosen- und Pflegeversicherung ([§ 28d Sätze 1 und 2 SGB IV](#)), zu entrichten. Der Versicherungspflicht in der Kranken-, Pflege-, Renten- und Arbeitslosenversicherung unterliegen Personen, die gegen Arbeitsentgelt beschäftigt sind ([§ 5 Abs. 1 Nr. 1 Sozialgesetzbuch Fünftes Buch - SGB V](#), [§ 20 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 Sozialgesetzbuch Elftes Buch - SGB XI](#), [§ 1 Satz 1 Nr. 1 Sozialgesetzbuch Sechstes Buch - SGB VI](#), [§ 25 Abs. 1 Satz 1 Sozialgesetzbuch Drittes Buch - SGB III](#)).

Derzeit spricht zunächst mehr dafür als dagegen, dass sowohl Herr B als auch Frau L bei dem Antragsteller im Rahmen von abhängigen Beschäftigungen tätig geworden sind (dazu unter a). Ebenso spricht mehr dafür als dagegen, dass bei diesen Beschäftigungen jeweils keine zur Versicherungsfreiheit führende sog. Zeitgeringfügigkeit i.S.d. [§ 8 Abs. 1 Nr. 2 SGB IV](#) anzunehmen ist (dazu unter b). Die darauf entfallende Höhe der Nachforderung ist nach summarischer Prüfung nicht zu beanstanden (dazu unter c). Eine unzumutbare Härte ist diesbezüglich ebenfalls nicht erkennbar (dazu unter d).

a) Nach summarischer Prüfung besteht zunächst keine überwiegende Wahrscheinlichkeit, dass die Einsätze der Frau L und des Herrn B nicht als abhängige Beschäftigung einzustufen sind.

Beurteilungsmaßstab für das Vorliegen einer abhängigen Beschäftigung ist [§ 7 Abs. 1 SGB IV](#). Danach ist Beschäftigung die nichtselbständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis.

Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundessozialgerichtes (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 er dabei einem Zeit, Dauer, Ort und Art der Ausführung umfassenden Weisungsrecht des Arbeitgebers unterliegt. Demgegenüber ist eine selbständige 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 z.B. zuletzt BSG, Urteil v. 29.8.2012, [B 12 R 14/10 R](#), USK 2012-82; BSG, 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 vom 7.1.2011, [a.a.O.](#); Senat, Urteil v. 17.10.2012, [L 8 R 545/11](#), juris; zur Verfassungsmäßigkeit dieser Abgrenzung: BVerfG, Beschluss v. 20.5.1996, [1 BvR 21/96](#), SozR 3-2400 § 7 Nr. 11).

Bei der Feststellung des Gesamtbilds kommt dabei den tatsächlichen Verhältnissen nicht voraussetzungslos ein Vorrang gegenüber den vertraglichen Abreden zu (vgl. BSG, Urteil v. 29.8.2012, [a.a.O.](#), juris; ebenso Urteil v. 25.1.2006, [B 12 KR 30/04 R](#), USK 2006-8; Urteil v. 28.5.2008, [B 12 KR 13/07 R](#), Die Beiträge, Beilage 2008, 333, 341 f.): Nach den vom BSG entwickelten Grundsätzen sind die das Gesamtbild bestimmenden tatsächlichen Verhältnisse die rechtlich relevanten Umstände, die im Einzelfall eine wertende Zuordnung zum Typus der abhängigen Beschäftigung erlauben. 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 gehen 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 (BSG, Urteil v. 28.9.2011, [B 12 R 17/09 R](#), juris; Senat, Urteil v. 17.12.2012, [a.a.O.](#), juris; Senat, Urteil v. 29.6.2011, [L 8 \(16\) R 55/08](#), juris).

Rechtlicher Ausgangspunkt sind demnach die jeweils vereinbarten Vertragsverhältnisse. Grundlage für den Einsatz der Frau L sowie des Herrn B bildet unstreitig der jeweils zwischen diesen und dem Antragsteller abgeschlossene mündliche Vertrag.

Einzelne, durch den Antragsteller vorgetragene und zum Teil durch die Vernehmungen des HZA bestätigte Regelungen in diesen Verträgen weisen ihrem Inhalt nach darauf hin, dass die Vertragsparteien auf eine selbstständige Tätigkeit abzielten. Das gilt insbesondere für die Regelungen hinsichtlich der Honorarabrechnung sowie des mangelnden Anspruchs auf Entgeltfortzahlung oder Urlaubsgeld. Zudem haben die genannten Personen ein Gewerbe angemeldet und ihre Vergütung dem Antragsteller unter Ansatz der Mehrwertsteuer in Rechnung gestellt.

Andererseits spricht für eine abhängige Beschäftigung die - unstreitig - einheitliche und erfolgsunabhängige Entlohnung aller Beschäftigten mit einem Stundenlohn in Höhe von 9,00 EUR (im Jahr 2009) bzw. 10,00 EUR pro Stunde (im Jahr 2010). Nach eigener Auskunft gegenüber dem HZA war dies dem Antragsteller zur Wahrung des betrieblichen Friedens ebenso wichtig wie die gleichmäßige Verteilung der besonders trinkgeldträchtigen Tische unter den Servicekräften. Unterschiede zwischen abhängig Beschäftigten und selbstständig Tätigen sind diesbezüglich nicht gemacht worden.

Auch die tatsächliche Ausgestaltung der jeweiligen Tätigkeit spricht für die Eingliederung in eine fremde betriebliche Organisation und für

ein Weisungsrecht nach Zeit, Dauer, Art und Ort der auszuführenden Tätigkeit, denn der Antragsteller gab nicht nur die betriebliche Ordnung vor, sondern verfügte auch über ein Weisungsrecht hinsichtlich der auszuführenden Tätigkeit.

Konkret übte er sein zeitliches Weisungsrecht zunächst über die Öffnungszeiten (täglich an sieben Tagen der Woche von 11.00 Uhr bis 24.00 Uhr) aus. Denn nach eigenen Angaben benötigte er für diesen Zeitraum entsprechenden Personaleinsatz. Dafür erstellte er für die Beschäftigten passende Dienstpläne. Dies hat gerade die Zeugin L gegenüber dem HZA bestätigt. Soweit vorgetragen wird, dass die Dienstpläne in Absprache mit den Mitarbeitern erstellt worden sind, folgt daraus nichts anderes. Bereits der Beschäftigungsumfang der Frau L zeigt, dass es für sie kaum Spielraum gab, ihr zeitliches Arbeitspensum flexibel zu disponieren. Schließlich beschäftigte der Antragsteller sie in seinem Betrieb für die Reinigung der Küche und Verkaufsstände, für Spüldienste und zeitweise als Servicekraft, wobei sich ihre Arbeitszeit auf 14 Stunden am Tag an sieben Tagen in der Woche belief.

Hinsichtlich der Art der Tätigkeit übte der Antragsteller seine Weisungsbefugnis z.B. durch die Verpflichtung der Mitarbeiter, eine einheitliche Arbeitskleidung ("Tracht") zu tragen, aus. Zudem teilte er nach eigener Auskunft gegenüber dem HZA die jeweils zu bedienenden Tische den einzelnen Servicekräften zu. Er wies darauf hin, dass er zur Wahrung des betrieblichen Friedens unter den Servicekräften u.a. auf die gleichmäßige Verteilung der besonders trinkgeldträchtigen Tische achte.

Mit dem bereits festgestellten Weisungsrecht hinsichtlich Zeit und Art der Tätigkeit ging auch ein örtliches Weisungsrecht einher, da die Tätigkeiten der einzelnen Mitarbeiter maßgeblich im Betrieb des Antragstellers ausgeübt worden sind. Dass die Beschäftigten sich der Weisungsbefugnis des Antragstellers durchaus bewusst gewesen sind, zeigt sich ebenfalls in der Aussage der Zeugin L. Denn sie verwies darauf, dass sie Arbeitsanweisungen direkt von dem Antragsteller erhalten habe und erklärte wörtlich: "Wenn ich für ihn arbeite, ist er mein Chef".

Etwas anderes gilt nach dem derzeitigen Sach- und Streitstand auch nicht hinsichtlich der in den Jahren 2009 und 2010 ausgeübten Tätigkeit des Herrn B. Zwar hat der Antragsteller erklärt, dass dieser maßgeblich von seinem eigenen Büro aus Kunden und Sponsoren für die Eislaufbahn akquiriert habe. Allerdings geht das HZA im Rahmen der Prüfung der Geschäftsunterlagen davon aus, dass neben der Akquise Herr B vorwiegend als Servicekraft vor Ort eingesetzt worden ist. An der Richtigkeit dieser Beurteilung bestehen jedenfalls keine überwiegenden Zweifel. Genauere Feststellungen zu Art, Umfang und Ort der Tätigkeit müssen dem Hauptsacheverfahren vorbehalten bleiben.

Bestehen danach an der Eingliederung der für den Antragsteller tätig gewesenen Personen in den fremden Betrieb und an einem Weisungsrecht gegenüber diesen Personen keine überwiegenden Zweifel, ist es unerheblich, ob die Vertragsparteien keine abhängige Beschäftigung vereinbaren wollten. Der sozialversicherungsrechtliche Status unterliegt nicht der Dispositionsfreiheit der beteiligten Personen, sondern ergibt sich aus den gesetzlichen Bestimmungen in Verbindung mit den von der höchstrichterlichen Rechtsprechung dazu herausgearbeiteten Beurteilungskriterien (Senat, Beschluss v. 14.10.2013, L 8 R 230/13 B ER).

Zudem liegen auch die typischen Merkmale einer selbstständigen Tätigkeit nach summarischer Prüfung nicht in erheblichem Maße vor.

Der Antragsteller hat nicht glaubhaft gemacht, dass die o.g. Beschäftigten über eine eigene Betriebsstätte verfügen oder einem nennenswerten unternehmerischen Risiko unterliegen. Nach der ständigen Rechtsprechung des BSG (vgl. u.a. BSG, Urteil vom 25.4.2012, [B 12 KR 24/10 R](#), SozR 4-2400 § 7 Nr. 15) ist maßgebliches Kriterium hierfür, ob eigenes Kapital oder die eigene Arbeitskraft auch mit der Gefahr des Verlustes eingesetzt wird, der Erfolg des Einsatzes der tatsächlichen und persönlichen Mittel also ungewiss ist (Senat, Beschluss v. 9.1.2013, [L 8 R 406/12 B ER](#), juris). Eine solche Ungewissheit ist bislang nicht erkennbar.

Ein Vergütungsrisiko ist mit Ausnahme des auch von einem abhängig Beschäftigten zu tragenden Insolvenzrisikos des Gläubigers nicht ersichtlich. Das maßgeblich erzielte Entgelt besteht in dem erfolgsunabhängig gewährten Stundensatz von 9,00 EUR in 2009 bzw. 10,00 EUR in 2010. Nichts anderes gilt für die Tätigkeit des Herrn B, auch wenn der Stundenlohn diesbezüglich variierte. Soweit der Antragsteller meint, ein unternehmerisches Risiko sei darin zu sehen, dass die Beschäftigten für den Umfang ihres Einsatzes Sorge tragen müssten, führt dies gleichfalls zu keinem anderen Ergebnis. Denn die Chance des Mehrverdienstes durch Steigerung des zeitlichen Arbeitseinsatzes steht auch dem abhängig Beschäftigten offen.

Eigenes Kapital ist weder in Form von Investitionen in Werbung und Fortbildung in Bezug auf die konkret übernommene Tätigkeit noch in Form von zur Verfügung gestellten Arbeitsmitteln eingesetzt worden. Die Beschäftigten mussten zwar ihre Arbeitskleidung selbst kaufen. Dies war nach der Aussage der Zeugin G jedoch auch bei den abhängig Beschäftigten der Fall.

Das Fehlen von Regelungen zu Ansprüchen auf Urlaubsentgelt bzw. Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall rechtfertigt für sich genommen ebenfalls nicht die Annahme eines unternehmerischen Risikos. Die Überbürdung sozialer Risiken abweichend von der das Arbeitsrecht prägenden Risikoverteilung ist nur dann ein gewichtiges Indiz für unternehmerisches Handeln, wenn damit auch tatsächliche Chancen einer Einkommenserzielung verbunden sind, also eine Erweiterung der unternehmerischen Möglichkeiten stattfindet (BSG, Urteil v. 11.3.2009, [B 12 KR 21/07 R](#); Senat, Urteil v. 20.7.2011, [L 8 R 534/10](#), jeweils juris). Hierfür ist im vorliegenden Fall jedoch nichts ersichtlich.

b) Es spricht zudem mehr dafür als dagegen, dass für diese beiden streitigen Beschäftigten jeweils keine zur Versicherungsfreiheit führende sog. Zeitgeringfügigkeit i.S.d. [§ 8 Abs. 1 Nr. 2 SGB IV](#) anzunehmen ist, [§ 27 Abs. 2 SGB III](#), [§ 7 SGB V](#) und [§ 5 Abs. 2 SGB VI](#).

Nach [§ 8 Abs. 1 Nr. 2 SGB IV](#) liegt eine geringfügige Beschäftigung vor, wenn die Beschäftigung innerhalb eines Kalenderjahres auf längstens zwei Monate oder 50 Arbeitstage nach ihrer Eigenart begrenzt zu sein pflegt oder im Voraus vertraglich begrenzt ist, es sei denn, dass die Beschäftigung berufsmäßig ausgeübt wird und ihr Entgelt 400,00 EUR im Monat übersteigt.

Es kann dahingestellt bleiben, ob die Beschäftigungen von Herrn B und Frau L in diesem Sinne zeitlich begrenzt waren. Denn jedenfalls sind sie nach dem gegenwärtigen Sach- und Streitstand mit überwiegender Wahrscheinlichkeit berufsmäßig ausgeübt worden.

Berufsmäßig wird eine Tätigkeit ausgeübt, wenn der Beschäftigte damit seinen Lebensunterhalt überwiegend oder doch in einem solchen

Umfang bestreitet, dass seine wirtschaftliche Stellung zu einem erheblichen Teil auf dieser Beschäftigung beruht (BSG, Urteil v. 25.4.1991, [12 RK 14/89](#), [SozR 3-2400 § 8 Nr. 1](#); Schlegel in jurisPK-SGB IV, 2. Aufl. 2011, § 8 Rdnr. 52).

Die von Herrn B erzielten Entgelte (2.302,50 EUR im November 2009, 3.720,00 EUR im Dezember 2009, erhebliche Stundenzahlen im Dezember 2010) sprechen bereits dafür, dass seine Tätigkeit ihrem Umfang nach eine erhebliche Bedeutung für seine wirtschaftliche Stellung hatte. Vor allem ist aber davon auszugehen, dass sie sich als Teil des von ihm angemeldeten Gewerbes "Bürodienstleistungen, Marketing, Akquisition" darstellt. Ähnlich verhält es sich bei Frau L, die angegeben hat, als selbstständige Servicekraft tätig zu sein und die ebenfalls Rechnungen in erheblicher Höhe gestellt hat.

c) Die Forderung der Antragsgegnerin ist auch der Höhe nach nicht zu beanstanden. Es bestehen auch insbesondere keine überwiegenden Bedenken dagegen, dass die Antragsgegnerin bei der Berechnung der Beitragshöhe von einer fiktiven Nettolohnvereinbarung im Sinne von [§ 14 Abs. 2 Satz 2 SGB IV](#) ausgehen durfte. Hierzu ist objektiv erforderlich, dass zentrale arbeitgeberbezogene Pflichten des Sozialversicherungsrechts verletzt und subjektiv diese Pflichtverletzung zumindest bedingt vorsätzlich begangen worden ist (BSG Urteil v. 9.11.2011, [B 12 R 18/09 R](#), SozR 4-2400 § 14 Nr. 13).

Die Verletzung objektiver Arbeitgeberpflichten steht außer Zweifel. Der Antragsteller hat insbesondere seiner Meldepflicht nach [§ 28a SGB IV](#) nicht genügt. Zudem ist mit überwiegender Wahrscheinlichkeit von einer zumindest bedingt vorsätzlich begangenen Pflichtverletzung auszugehen. Insoweit genügt es, dass der Arbeitgeber seine Beitragspflicht für möglich gehalten und die Nichtabführung der Beiträge billigend in Kauf genommen hat. Hiervon ist aber vorliegend im Rahmen der summarischen Prüfung schon allein deshalb auszugehen, weil der Sachverhalt keine Anhaltspunkte von Gewicht für das Vorliegen von selbstständigen Tätigkeiten bietet. Angesichts dessen stellt der Verzicht auf die vom Gesetzgeber zur Verfügung gestellte Möglichkeit, eine Klärung des Status nach [§§ 7a, 28h Abs. 2 SGB IV](#) herbeizuführen, ein gewichtiges Indiz für das Vorliegen von bedingtem Vorsatz dar (vgl. BSG, Urteil v. 9.11.2011, [B 12 R 18/09 R](#), SozR 4-2400 § 14 Nr. 13).

Die Verpflichtung, Säumniszuschläge zu verlangen, folgt aus [§ 24 Abs. 1 SGB IV](#). Für eine unverschuldete Nichtentrichtung der Beiträge nach [§ 24 Abs. 2 SGB IV](#) bestehen keine Anhaltspunkte.

d) Ohne Erfolg beruft sich der Antragsteller darauf, dass die sofortige Vollziehung des Beitragsbescheides für ihn eine unbillige Härte bedeuten würde. Allein die mit der Zahlung auf eine Beitragsforderung für den Antragsteller verbundenen wirtschaftlichen Konsequenzen führen nicht zu einer solchen Härte, da sie lediglich Ausfluss der Erfüllung gesetzlich auferlegter Pflichten sind. Darüber hinausgehende, nicht oder nur schwer wieder gut zu machende Nachteile sind nicht erkennbar. Im Hinblick auf die mit der Beitragsnachforderung verbundenen berechtigten Interessen der Versichertengemeinschaft sowie der einzelnen Versicherten kann vielmehr gerade bei bestehender oder drohender Zahlungsunfähigkeit des Beitragsschuldners eine alsbaldige Beitreibung geboten sein (vgl. bereits Senat, Beschluss v. 21.2.2012, [L 8 R 1047/11 B ER](#), juris). Eine beachtliche Härte in diesem Sinne ist also regelmäßig nur dann denkbar, wenn es dem Beitragsschuldner gelingt darzustellen, dass das Beitreiben der Forderung aktuell die Insolvenz und/oder die Zerschlagung seines Geschäftsbetriebes zur Folge hätte, die Durchsetzbarkeit der Forderung bei einem Abwarten der Hauptsache aber zumindest nicht weiter gefährdet wäre als zurzeit (Senat, Beschluss v. 13.7.2011, [L 8 R 287/11 B ER](#), juris). Das ist vorliegend jedoch nicht glaubhaft gemacht.

2. Anders verhält es sich bei den übrigen im Bescheid genannten Beschäftigungen. Bei ihnen kann der Senat offen lassen, ob es sich ebenfalls um abhängige Beschäftigungen i.S.d. [§ 7 Abs. 1 SGB IV](#) handelt. Denn in diesem Fall wäre es jedenfalls überwiegend wahrscheinlich, dass jeweils die Voraussetzungen der Versicherungsfreiheit wegen Geringfügigkeit i.S.d. [§ 8 Abs. 1 Nr. 2 SGB IV](#) vorliegen, sodass ernsthafte Zweifel an der Rechtmäßigkeit der auf diese Beschäftigungen entfallenden Beitragsnachforderungen bestehen.

Dabei ist nach dem gegenwärtigen Sach- und Streitstand - entgegen der Annahme der Antragsgegnerin - davon auszugehen, dass die streitgegenständlichen Tätigkeiten ihrer Art nach auf längstens zwei Monate oder 50 Arbeitstage nach ihrer Eigenart begrenzt waren. Eine solche Begrenzung nach der Eigenart ist gerade bei Saison- und Kampagnearbeitern anzunehmen, deren zeitliche Dauer einschließlich der Vor- und Nacharbeiten absehbar ist (Schlegel in: jurisPK-SGB IV, 2. Auflage 2011, § 8 Rdnr. 46; z.B. Helfer auf dem Oktoberfest). Vorliegend ist die Dauer des E Weihnachtmarktes grundsätzlich auf die Zeit November/Dezember begrenzt.

Es ist nach dem gegenwärtigen Sach- und Streitstand auch nicht davon auszugehen, dass die betreffenden Beschäftigungen berufsmäßig ausgeübt worden sind, was Geringfügigkeit im Sinne von [§ 8 Abs. 1 Nr. 2 SGB IV](#) ausschliesse. Zwar stehen insoweit weitere mögliche Ermittlungen noch aus, deren Ergebnis offen ist. Im Rahmen des einstweiligen Rechtsschutzes ist jedoch zu berücksichtigen, dass die objektive Beweislast für das - im Sinne einer Gegenannahme - zur Versicherungspflicht führende Merkmal der Berufsmäßigkeit bei der Antragsgegnerin liegt (vgl. BSG, Urteil v. 11.5.1993, [12 RK 23/91](#), [SozR 3-2400 § 8 Nr. 3](#)), die bislang keine für eine berufsmäßige Beschäftigung sprechenden Tatsachen festgestellt hat (vgl. zu diesem Kriterium Senat, Beschluss v. 6.11.2012, [L 8 R 193/12 B ER](#), juris). Dabei kann sich die Antragsgegnerin auch nicht darauf berufen, dass der Antragsteller offensichtlich seiner Verpflichtung nicht nachgekommen ist, die die Versicherungsfreiheit belegenden Unterlagen zu den Lohnunterlagen zu nehmen (§ 8 Abs. 2 Nr. 1 i.V.m. Abs. 1 Satz 1 Nr. 9 BVV). Dies entbindet den prüfenden Rentenversicherungsträger nicht davon, Feststellungen hinsichtlich der Berufsmäßigkeit der Beschäftigung zu treffen, wenn es aus seiner Sicht Anhaltspunkte dafür gibt, die dafür sprechen.

Hinsichtlich der akzessorisch auf diesen Sachverhalt entfallenden Säumniszuschläge gilt Entsprechendes.

Die Kostenentscheidung beruht auf den [§ 197a Abs. 1 Satz 1 SGG](#) in Verbindung mit [§ 155](#) Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO).

Die Festsetzung des Streitwertes für das Beschwerdeverfahren folgt aus [§ 197a SGG](#) i. V. m. [§§ 52, 53 Abs. 3 Nr. 4](#) Gerichtskostengesetz (GKG) und berücksichtigt, dass in Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes, die Beitragsangelegenheiten betreffen, regelmäßig nur ein Viertel des Wertes der Hauptsache als Streitwert anzusetzen ist.

Der Beschluss kann nicht mit der Beschwerde zum Bundessozialgericht angefochten werden ([§ 177 SGG](#)).

Rechtskraft
Aus

Login
NRW
Saved
2014-04-24