

L 8 R 595/15 B ER

Land
Nordrhein-Westfalen
Sozialgericht
LSG Nordrhein-Westfalen
Sachgebiet
Rentenversicherung
Abteilung
8
1. Instanz
SG Düsseldorf (NRW)
Aktenzeichen
S 5 R 568/15 ER
Datum
12.06.2015
2. Instanz
LSG Nordrhein-Westfalen
Aktenzeichen
L 8 R 595/15 B ER
Datum
24.11.2015
3. Instanz
Bundessozialgericht
Aktenzeichen
-
Datum
-
Kategorie
Beschluss

Die Beschwerde der Antragstellerin gegen den Beschluss des Sozialgerichts Düsseldorf vom 12.6.2015 wird zurückgewiesen. Die Antragstellerin trägt die Kosten des Beschwerdeverfahrens außer den Kosten der Beigeladenen, die diese selbst trägt. Der Streitwert wird auf 8.697,73 Euro festgesetzt.

Gründe:

I.

Die Antragstellerin begehrt die Anordnung der aufschiebenden Wirkung ihres Widerspruchs gegen einen Betriebsprüfungsbescheid der Antragsgegnerin, mit dem diese sie auf Nachzahlung von Sozialversicherungsbeiträgen bezüglich der Beigeladenen sowie darauf entfallender Säumniszuschläge in Anspruch nimmt.

Bei der Antragstellerin handelt es sich um eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH), die im Handelsregister des Amtsgerichts (AG) O unter der Registernummer HRB 000 eingetragen ist. Unternehmensgegenstand ist die Zimmervermietung und Partnerschaftsvermittlung. Unter dem Firmennamen "Club T" vermietet die Antragstellerin Zimmer an selbständig tätige Prostituierte.

Die Antragstellerin schloss mit der Beigeladenen unter dem 9.12.2011 einen Honorarvertrag. Danach sollten Leistungen in der Zeit vom 9.12.2011 (bis auf Widerruf) erbracht werden. Eine Konkretisierung der Leistungen beinhaltete der Vertrag nicht (§ 1 des Vertrages). Die Vertragsparteien vereinbarten ein Stundenhonorar inklusive der gesetzlichen Mehrwertsteuer von zunächst 6,00 Euro, welches nach Eingang der Honorarrechnung inklusiver Stundennachweis fällig werden sollte (§ 2 des Vertrages). Nach § 2 des Vertrages sollte der Auftragnehmer im Verhältnis zum Auftraggeber als selbständig im Sinne des Einkommenssteuergesetzes gelten. Danach seien die diesbezüglichen Steuern und Sozialabgaben, insbesondere die Beiträge zur gesetzlichen Rentenversicherung nicht von der Antragstellerin zu entrichten. Nach § 3 des Vertrages führte die Beigeladene die Leistung in eigener Verantwortung aus. Arbeitszeit und Arbeitsort seien, soweit nicht durch die Eigenart des Auftrages vorgegeben, von ihr als Auftragnehmerin selbständig zu bestimmen. Die Antragstellerin als Auftraggeberin sei berechtigt, die Leistung durch Einzelangaben zu konkretisieren. Weisungen würden der Beigeladenen nicht erteilt. Die Beigeladene hafte für Mängel der Leistungen (§ 5 des Vertrages). Im Rahmen eines Nachtrags zur Honorarvereinbarung vom 9.12.2011 erhöhte sich der Stundenlohn auf 7,00 Euro zum 1.12.2013. Im Übrigen wird auf den Vertrag Bezug genommen.

Für die Zeit vom 9.12.2011 bis zum 31.8.2014 erstellte die Beigeladene monatliche Rechnungen, die die Geschäftsführerin der Antragstellerin - Frau Dr. O - bar beglich. Die Rechnungen weisen jeweils eine Gesamtsumme aus, ohne Hinweis auf die Mehrwertsteuer und sind grundsätzlich, bis auf die erste Rechnung, mit der Einleitung versehen: "Für meine interne kaufmännische Tätigkeit, mein Coaching sowie für meine externe Tätigkeit in ihrem Unternehmen berechne ich Ihnen wie folgt".

Am 26.9.2014 gegen 18.20 Uhr führte das Hauptzollamt L - Kontrolleinheit Bekämpfung der Schwarzarbeit, Dienstort N - (HZA) am Unternehmenssitz der Antragstellerin eine Kontrolle durch, bei der die Beigeladene vor Ort angetroffen wurde. Sie gab an, seit ca. 1 ½ Jahren als Empfangsdame und Telefonistin bei der Antragstellerin tätig zu sein. Sie kassiere bei den Kunden und bereite Getränke in der Küche des Clubs zu. Sie sei dort an ein bis zwei Tagen wöchentlich zwischen sechs bis zwölf Stunden je Arbeitstag tätig. Sie habe von der Geschäftsführerin der Antragstellerin eine Einweisung erhalten und arbeite entsprechend dieser. Alle Betriebsabläufe seien vorgegeben. Sie sei regelmäßig zwischen 18 Uhr bis 6 Uhr morgens bzw. 18 Uhr bis 24 Uhr tätig. Sie spreche dies mit der Geschäftsführerin der Antragstellerin ab. Als Entgelt erhalte sie 7,00 Euro netto. Über die Tätigkeit der Antragstellerin erstelle sie monatliche Rechnungen.

Weiterhin gab sie an, ein Gewerbe als selbständige psychologische Beraterin bei der Stadt L gemeldet zu haben und nicht im Leistungsbezug zu stehen. Eine Nachfrage des HZA beim Gewerbeamt der Stadt L ergab, dass ein Gewerbe von der Beigeladenen nicht angemeldet worden ist. Zudem folgte aus den weiteren Ermittlungen, dass sie im laufenden Bezug von Leistungen nach dem Zweiten Buch Sozialgesetzbuch (SGB II) steht.

Die Beigeladene bat sodann unter dem 1.10.2014 telefonisch um einen persönlichen Gesprächstermin beim HZA, bei dem sie u.a. die gestellten Rechnungen übergeben und erläutern wollte. Sie wurde daraufhin durch das HZA am 6.10.2014 unter schriftlicher und ihrerseits mit ihrer Unterschrift bestätigter Belehrung über ihr Zeugnisverweigerungsrecht als Zeugin gehört. Sie gab an, dass sie seit April 2011 als psychologische Beraterin selbständig sei, jedoch kein Gewerbe angemeldet habe. Sie habe eine Steuernummer beim Finanzamt (FA) O. Sie habe sich unter anderem schriftlich an die Antragstellerin gewandt, um Kunden zu akquirieren. Mitte Dezember 2011 habe sie dann ihre Tätigkeit aufgenommen. Sie sei bei der Antragstellerin als Empfangsdame tätig. Zu ihren Aufgaben gehörten der Empfang der Kunden, die Zimmerzuweisung, das Kassieren der Zimmermiete, die Entgegennahme von Telefonaten und das Auffüllen von Kühlschränken sowie die Kaffeezubereitung. Reinigungsarbeiten führe sie nicht durch. Sie sei durchschnittlich an zwei bis drei Tagen bei der Antragstellerin tätig. Von Beginn bis Ende 2012 habe sie 6,00 Euro netto je Stunde und ab Januar 2013 7,00 Euro netto die Stunde erhalten. Die Rechnungen habe sie monatlich über die unterschiedlichen Beträge der Geschäftsführerin der Antragstellerin zugeleitet. Teile man die Rechnungsbeträge durch den Stundenlohn, erhalte man die geleisteten Arbeitsstunden. Sie habe auch schon einmal Werbung für die Antragstellerin in Zeitungen gestaltet. Weitere Auftraggeber habe sie nicht gehabt. Im Übrigen wird auf die Vernehmungsniederschrift Bezug genommen. Die Beigeladene unterzeichnete diese auf jeder Seite sowie am Ende der Niederschrift unter dem Zusatz "v.g.u.".

Mit Telefaxschreiben vom 8.10.2014 teilte die Beigeladene gegenüber dem HZA mit, dass sie nicht mit dem Verlauf des Gesprächs gerechnet habe. Sie habe dann Dinge mitgeteilt, die nicht der Wahrheit entsprochen hätten, weil sie sich dazu genötigt gefühlt habe.

Die Antragsgegnerin führte sodann in der Zeit vom 18.11.2014 bis zum 22.1.2015 bei der Antragstellerin eine Betriebsprüfung für den Zeitraum vom 9.12.2011 bis zum 31.8.2014 durch. Sie wertete dafür die ihr vom HZA zur Verfügung gestellten Unterlagen aus und hörte mit Schreiben vom 22.1.2015 die Antragstellerin zu einer beabsichtigten Nachforderung von Sozialversicherungsbeiträgen in Höhe von 34.790,91 Euro einschließlich Säumniszuschlägen in Höhe von 7.074,00 Euro an. Die Antragstellerin habe die Beigeladene als abhängig Beschäftigte beschäftigt. Sie habe zwar mit ihr einen Honorarvertrag geschlossen, jedoch fänden sich darin keine Angaben bezüglich der auszuführenden Tätigkeit. Die Beigeladene habe bei der Antragstellerin als Empfangsdame und Telefonistin gearbeitet. Weisungen seien durch die Geschäftsführerin der Antragstellerin erteilt worden. Diese habe auch sämtliche Betriebsabläufe vorgegeben. Die Beigeladene habe regelmäßige Arbeits- und Anwesenheitszeiten einzuhalten gehabt. Es sei kein Unterschied zu der Arbeit gemeldeter Empfangskräfte erkennbar. Andere Auftraggeber habe die Beigeladene während des Beschäftigungszeitraums bei der Antragstellerin nicht gehabt. Die Beiträge seien auch nicht verjährt. Bezüglich der Berechnung der Beiträge sei [§ 14 Abs. 2 Satz 2](#) Sozialgesetzbuch Viertes Buch (SGB IV) anzuwenden gewesen.

Mit Schreiben vom 26.2.2015 nahm die Antragstellerin dazu wie folgt Stellung: Zu der Beigeladenen habe kein sozialversicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis bestanden. Diese sei auf freiberuflicher Basis und nicht als Empfangsdame für sie tätig geworden. Soweit die Beigeladene Gegenteiliges behauptet habe, sei sie durch die vernehmenden Beamten des HZA unter Druck gesetzt worden. Vor diesem Hintergrund sei ihre diesbezügliche Aussage nicht zu verwerten. Sie sei weder in betriebliche Arbeitsabläufe bei der Antragstellerin eingebunden noch weisungsabhängig gewesen. Sie habe ihre Tätigkeit überwiegend aus ihren eigenen Betriebsräumen und mit ihren eigenen Betriebsmitteln erbracht. Regelmäßige feste Arbeits- und Anwesenheitszeiten habe es nicht gegeben. Tatsächlich habe sie als Beratungsagentur ursprünglich Geschäftsideen entwickelt und Vorschläge zur Optimierung von Betriebsabläufen gemacht und in diesem Zusammenhang später auch wie ein Serviceunternehmen agiert. Ihre Vorschläge und Ideen seien teilweise in Absprache mit der Geschäftsführerin der Antragstellerin umgesetzt worden. Sie habe lediglich gelegentlich, wenn sie ohnehin im Betrieb anwesend gewesen sei und niemand sonst zur Verfügung gestanden habe, derartige Tätigkeiten wie Empfangsdame und Telefonistin nebenbei mit verrichtet, da sie aufgrund ihrer Beratungstätigkeiten ohnehin gesehen habe, welche Arbeiten anfielen und was zu tun gewesen sein.

Der Stellungnahme fügte die Antragstellerin eine schriftliche - nicht an Eides Statt versicherte - Erklärung der Beigeladenen vom 24.2.2015 bei. Diese teilte darin mit, dass sie der Antragstellerin Ende 2011 zunächst schriftlich ihre Dienste als Coach und Beraterin angeboten habe. Sie habe damals in ihrer Wohnung ein psychologisches Beratungsangebot aufgebaut. Während eines Vorstellungsgesprächs habe sie der Geschäftsführerin der Antragstellerin ihre "umfassenden kaufmännischen Fähigkeiten, die Branchenkenntnis" und ihre "Erfahrungen aus verschiedenen Bereichen dargestellt". Man habe sich dann geeinigt, dass sie Konzepte und Pläne entwickeln solle, um den Club auch tagsüber führen zu können. Das Tagesgeschäft habe nämlich brach gelegen. Die Tätigkeiten habe sie überwiegend zuhause mit ihrem Computer und ihrem Telefon durchgeführt. Sie habe im Internet recherchiert, an privaten Adressen, Konkurrenzsituationen ermittelt und Orte, Wohnungen, Häuser, Preise, Mieten, Tagesmieten und ähnliche wesentliche Informationen zusammengetragen und Pläne ausgearbeitet. Darüber hinaus habe sie versucht, geeignetes Personal zu akquirieren, Anzeigen geschaltet, alte Kontakte aktiviert, um diese Pläne zu verwirklichen. Mit der Geschäftsführerin der Antragstellerin habe sie sich zu Besprechungen der einzelnen Schritte während deren Aufenthaltes in den Abendstunden in deren Betriebsräumen verabredet. Bei dieser Gelegenheit habe sie zudem Vorschläge gemacht, wie das vorhandene Ambiente ansprechender gestaltet werden könnte. Konkrete Anweisungen habe sie nicht erhalten. Der ursprünglich auf die Entwicklung des Tagesclubprojektes ausgerichtete Auftrag habe sich dann auf diese Weise nach und nach erweitert und als sich dieses Projekt nicht habe realisieren lassen, seien andere Tätigkeitsfelder für sie gefunden worden. Sie habe die Geschäftsführerin dann zunehmend entlastet. Immer habe sie während dieser Zeit auch andere Auftraggeber gehabt. Ab dem Jahr 2014 habe sie sich tagsüber stundenweise in den Betriebsräumen aufgehalten. Zu diesem Zweck habe die Geschäftsführerin ihr einen Nebenraum zugewiesen. Sie habe zwar gegenüber dem HZA andere Angaben gemacht. Dies sei aber nicht freiwillig geschehen. Man habe ihr teilweise die gewünschten Antworten in den Mund gelegt. Im Übrigen wird auf die Erklärung Bezug genommen.

Mit Bescheid vom 13.3.2015 forderte die Antragsgegnerin von der Antragstellerin für den Prüfzeitraum vom 9.12.2011 bis zum 31.8.2014 Sozialversicherungsbeiträge inklusive Säumniszuschläge in Höhe von insgesamt 34.790,91 Euro nach.

Hiergegen erhob die Antragstellerin am 19.3.2015 Widerspruch und beantragte die Aussetzung der sofortigen Vollziehung. Die Antragsgegnerin werde ihrer Pflicht zur Amtsermittlung nicht gerecht.

Mit Schreiben vom 30.3.2015 lehnte die Antragsgegnerin den Antrag auf Aussetzung der sofortigen Vollziehung ab.

Am 30.3.2015 hat die Antragstellerin bei dem Sozialgericht (SG) Düsseldorf einen Antrag auf Gewährung einstweiligen Rechtsschutzes gestellt. Sie hat ihr Vorbringen aus dem Anhörungs- und Widerspruchsverfahren wiederholt und vertieft. Ergänzend hat sie ausgeführt, dass sie kurzfristig einen Betrag in dieser Größenordnung nicht aufbringen könne.

Die Antragstellerin hat beantragt,

die aufschiebende Wirkung ihres Widerspruchs vom 19.3.2015 gegen den Beitragsbescheid vom 13.3.2015 anzuordnen.

Die Antragsgegnerin hat beantragt,

den Antrag abzulehnen.

Sie hat auf ihren Bescheid Bezug genommen. Sie habe keine Zweifel an der Richtigkeit der Angaben der Beigeladenen vor dem HZA. Insbesondere sei die Beigeladene anlässlich ihrer Vernehmung zur Wahrheit ermahnt und über ihr Verweigerungsrecht als Zeugin belehrt worden. Dass sie diese Belehrung verstanden habe, habe sie mit ihrer Unterschrift bestätigt.

Mit Beschluss vom 29.4.2015 hat das SG die Beigeladene am Verfahren beteiligt. Diese hat auf ihre schriftliche Stellungnahme im Anhörungsverfahren verwiesen. Sie habe die Vernehmungsniederschrift vom 6.10.2014 zwar unterschrieben, aber nie gelesen. Es entspreche auch nicht der Wahrheit, dass sie bei der Vernehmung durch das HZA belehrt worden sei. Es habe lediglich geheißen, dass sie nicht als Beschuldigte, sondern als Zeugin vernommen werden solle. Als sie dies abgelehnt habe, habe man sie unter Druck gesetzt. Man würde dann einen Richter rufen, bei dem sie aussagen müsse. Hätte sie gewusst, wie man dort mit ihr umgehe und dass das Treffen nur ein Vorwand gewesen sei, um sie zu verhören, wäre sie dort gar nicht hingegangen.

Mit Beschluss vom 12.6.2015 hat das SG den Antrag im einstweiligen Rechtsschutz abgelehnt. Auf die Gründe wird Bezug genommen.

Gegen den am 19.6.2015 der Antragstellerin zugestellten Beschluss hat diese am Montag, den 20.7.2015 Beschwerde eingelegt. Die Antragsgegnerin habe sich nur auf die Ermittlungen des HZA gestützt. Eigene Ermittlungen habe sie nicht durchgeführt. Dadurch habe sie ihre Pflicht zur Amtsermittlung verletzt. Doch auch wenn man die Aussage der Beigeladenen beim HZA als wahr unterstelle, überwögen die Merkmale einer selbstständigen Tätigkeit. Sie habe Rechnungen gestellt, sei nicht an Arbeitszeiten gebunden gewesen und habe keine Weisungen erhalten. Im Honorarvertrag sei sie als selbständig bezeichnet worden. Sie habe einer Haftung unterlegen. Es seien keine Regelungen zu Urlaub und Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall getroffen worden. Zudem habe sie lediglich an ein bis zwei Tagen teilweise nur sechs Stunden die Tätigkeit als Empfangsdame ausgeübt. Bereits daraus ergebe sich, dass dies lediglich eine untergeordnete Tätigkeit im Rahmen der abgerechneten Leistungen gewesen sei.

Die Antragstellerin beantragt,

den Beschluss des Sozialgerichts Düsseldorf vom 12.6.2015 aufzuheben und die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs vom 19.3.2015 gegen den Bescheid vom 13.3.2015 anzuordnen.

Die Antragsgegnerin beantragt,

die Beschwerde zurückzuweisen.

Sie hält den Beschluss des SG für zutreffend und nimmt auf ihre bisherigen Ausführungen im wesentlichen Bezug.

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

II.

Die zulässige Beschwerde ist unbegründet. Das SG hat die Anordnung der aufschiebenden Wirkung des Widerspruchs vom 19.3.2015 gegen den Bescheid vom 13.3.2015 zu Recht abgelehnt.

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.).

Nach Maßgabe dieser Grundsätze und auf der Grundlage der im Verfahren auf einstweiligen Rechtsschutz gebotenen summarischen Prüfung ist derzeit nicht mit überwiegender Wahrscheinlichkeit davon auszugehen, dass sich der angefochtene Bescheid im Hauptsacheverfahren 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 \[SGB III\]](#)).

Nach summarischer Prüfung besteht zunächst keine überwiegende Wahrscheinlichkeit dafür, dass die Tätigkeit der Beigeladenen bei der Antragstellerin nicht als abhängige Beschäftigung einzustufen ist.

Beurteilungsmaßstab für das Vorliegen einer solchen Beschäftigung ist [§ 7 Abs. 1 SGB IV](#). Beschäftigung im Sinne von [§ 7 Abs. 1 SGB IV](#) ist die nichtselbständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis. Anhaltspunkte für eine Beschäftigung sind eine Tätigkeit nach Weisungen und eine Eingliederung in die Arbeitsorganisation des Weisungsgebers. Voraussetzung ist, 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. Diese Weisungsgebundenheit kann - vornehmlich bei Diensten höherer Art - eingeschränkt und zur "funktionsgerecht dienenden Teilhabe am Arbeitsprozess" verfeinert sein. Demgegenüber ist eine selbstständige Tätigkeit vornehmlich durch das eigene Unternehmerrisiko, das Vorhandensein einer eigenen Betriebsstätte, die Verfügungsmöglichkeit über die eigene Arbeitskraft und die im Wesentlichen frei gestaltete Tätigkeit und Arbeitszeit gekennzeichnet. Ob jemand abhängig beschäftigt oder selbstständig tätig ist, richtet sich ausgehend von den genannten Umständen nach dem Gesamtbild der Arbeitsleistung und hängt davon ab, welche Merkmale überwiegen (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; jeweils m.w.N.; zur Verfassungsmäßigkeit dieser Abgrenzung: BVerfG, Beschluss v. 20.5.1996, [1 BvR 21/96](#), SozR 3-2400 § 7 Nr. 11).

Ausgehend davon enthält der Honorarvertrag zwar Anhaltspunkte dafür, dass die Vertragspartner eine selbstständige Tätigkeit begründen wollten, nämlich neben dem Wortlaut (Honorar, Auftraggeber, Auftragnehmer), die Vereinbarung eines Honorars inklusive der gesetzlichen Mehrwertsteuer, die selbständige Bestimmung von Arbeitszeit und Arbeitsort und die Vereinbarung der Weisungsfreiheit.

Diese Indizien werden allerdings bereits durch die weiteren vertraglichen Vereinbarungen relativiert. So haben die Vertragsparteien ein erfolgsunabhängiges Stundenhonorar vereinbart. Die Eigenverantwortlichkeit sowie die eigene Entscheidung über Arbeitszeit und Arbeitsort gelten zudem nur solange und soweit sie nicht durch die Eigenart des Auftrages vorgegeben sind. Ferner ist die Antragstellerin als Auftraggeberin berechtigt, die Leistungen durch Einzelangaben zu konkretisieren. Dies war auch zwingend erforderlich, da noch nicht einmal der eigentliche Vertragsgegenstand - geschweige denn die auf dieser Basis auszuführenden Tätigkeiten - im Honorarvertrag geregelt worden sind. Das dergestalt vereinbarte Weisungsrecht entspricht daher im Wesentlichen dem Direktionsrecht des Arbeitgebers ([§ 615 Bürgerliches Gesetzbuch](#)).

Erst recht spricht die - im Rahmen des einstweiligen Rechtsschutzes aufgrund summarischer Prüfung vorzunehmende - Wertung der tatsächlichen Ausgestaltung der Tätigkeit für eine Eingliederung der Beigeladenen in die von der Antragstellerin vorgegebene betriebliche Organisation und für ihre Weisungsgebundenheit nach Zeit, Dauer, Art und Ort der auszuführenden Tätigkeit.

Die Beigeladene ist entsprechend ihren Angaben vor dem HZA im streitigen Zeitraum in die Betriebsabläufe der Antragstellerin integriert gewesen und im Wege des arbeitsteiligen Zusammenwirkens dort tätig geworden.

Sie hat bereits im Rahmen ihrer ersten Befragung am 26.9.2014 gegenüber den Beamten des HZA mitgeteilt, dass sie regelmäßige Arbeits- und Anwesenheitszeiten zwischen 18:00 Uhr bis 6:00 Uhr morgens beziehungsweise 18:00 Uhr bis 24:00 Uhr, mithin 6 bis 12 Stunden, einzuhalten habe. Sie sei für die Kasse und die Telefonannahme zuständig. Sie übe die Tätigkeit seit ca. 1 ½ Jahren an ein bis zwei Tagen wöchentlich aus. Sie sei durch die Geschäftsführerin der Antragstellerin eingewiesen worden und arbeite entsprechend deren Anweisung. Alle Betriebsabläufe seien vorgegeben. Entsprechendes bestätigte sie im Rahmen ihrer zeugenschaftlichen Vernehmung durch das HZA am 6.10.2014. Sie sei bei der Antragstellerin als Empfangsdame seit Dezember 2011 tätig gewesen. Ihre Aufgaben seien der Empfang der Kunden, die Zimmerzuweisung, das Kassieren der Zimmermiete, die Entgegennahme von Telefonaten und das Auffüllen von Kühlschränken sowie die Kaffeezubereitung. Sie habe bis Dezember 2012 einen Stundensatz von 6,00 Euro netto je Stunde und ab Januar 2013 in Höhe von 7,00 Euro netto je Stunde erhalten.

Ohne Erfolg beruft sich die Antragstellerin darauf, die Vernehmungsniederschrift unterliege einem Verwertungsverbot.

Inwiefern die Beigeladene unzutreffend oder unzureichend belehrt worden sein soll, ist bereits im Ansatz nicht erkennbar. Die Beigeladene hat in ihren schriftlichen Erklärungen selbst angegeben, die Beamten des HZA hätten ihr eröffnet, sie solle als Zeugin belehrt werden. Sie hat auf dem Titelblatt der Vernehmungsniederschrift unmittelbar unter dem Satz "Ich habe die Belehrung verstanden und kann Angaben zur Sache machen" unterschrieben. Anhaltspunkte für das Bestehen eines Zeugnisverweigerungsrechts gemäß [§ 52 Strafprozessordnung \(StPO\)](#) sind weder erkennbar noch vorgetragen, sodass hierüber auch nicht belehrt werden musste. Es ist auch nicht ersichtlich, inwiefern ein Auskunftsverweigerungsrecht nach [§ 55 Abs. 1 StPO](#) vorgelegen haben sollte. Selbst wenn aber insoweit eine nach [§ 55 Abs. 2 StPO](#)

notwendige Belehrung unterblieben wäre, würde dies nicht zu einem Verwertungsverbot im Verhältnis zwischen der Antragsgegnerin und der Antragstellerin führen (vgl. BGH Großer Senat für Strafsachen, Beschluss v. 21.1.1958, [GSSt 4/57](#), [BGHSt 11, 213](#) ff.).

Soweit die Antragstellerin sich darauf beruft, die Beigeladene habe sich von den Beamten des HZA "unter Druck gesetzt" gefühlt, will sie damit offenbar ein Verwertungsverbot gemäß [§ 69 Abs. 3](#) i.V.m. [§ 136a StPO](#) geltend machen. Ein solches besteht jedoch nicht. Die Anrufung des Ermittlungsgerichts zur Vernehmung eines sonst nicht aussagebereiten Zeugen ist vielmehr eine prozessual zulässige Maßnahme (vgl. [§ 162 StPO](#)). Dass der Hinweis auf die dahingehende Möglichkeit in einer die Grenzen noch statthafter Deutlichkeit überschreitenden Weise erfolgt wäre, ist nicht glaubhaft gemacht.

Völlig unklar bleibt, was die Beigeladene mit ihrer Erklärung bezweckt, sie habe die von ihr auf jeder Seite unterschriebene Vernehmungsniederschrift nicht gelesen (und wegen der vermeintlichen Unleserlichkeit auch nicht lesen können). Abgesehen davon, dass die Niederschrift lesbar ist und seitens der Beigeladenen weder eine Lese- noch eine Sehschwäche behauptet wird, kann von einer Zeugin, die auf dem Markt als Coach und psychologische Beraterin aufzutreten behauptet, unbedenklich erwartet werden, dass sie die Bedeutung einer Unterschrift auf einer behördlichen Urkunde kennt. Im Übrigen trägt sie nicht vor, dass die Niederschrift von ihren tatsächlichen Bekundungen in der Vernehmung abweicht. Nur dies könnte ihrer Verwertung aber entgegenstehen.

Zudem stimmen die Erklärungen der Beigeladenen bei ihrer Vernehmung am 6.10.2014 im Wesentlichen mit ihren Erläuterungen vom 26.9.2014 überein. Auch dort teilte sie bereits mit, dass sie für die Kasse und die Telefonannahme bei der Antragstellerin zuständig sei. Als unrichtig haben sich diesbezüglich bisher lediglich ihre Angaben, ein Gewerbe bei der Stadt L angemeldet zu haben bzw. nicht im laufenden Arbeitslosengeld II-Bezug zu stehen, erwiesen.

Hinzu kommt, dass für den Vortrag der Beigeladenen, sie habe Beratungstätigkeiten für die Antragstellerin ausgeübt, Konzepte erstellt und diese bzw. der Fortschritt mit der Geschäftsführerin der Antragstellerin in den Abendstunden vor Ort besprochen, keine Anhaltspunkte vorliegen. Weder hat das HZA bei der Antragstellerin dahingehende Unterlagen gefunden, noch hat die Beigeladene entsprechende Konzepte vorgelegt, die diese Annahme stützen. Auch ist dem Senat nicht ersichtlich, inwieweit es diesbezüglich einer psychologischen Beratung der Antragstellerin durch die Beigeladene bedurft hätte. Auf diesen Tätigkeitsbereich hat sich jedoch nach ihren eigenen Angaben ihre Selbständigkeit gegründet.

Zudem können nach summarischer Prüfung auch keine typischen Merkmale einer selbständigen Tätigkeit festgestellt werden.

Die Antragstellerin hat nicht glaubhaft gemacht, dass die Beigeladene über eine eigene Betriebsstätte verfügte. Ein häusliches Arbeitszimmer diesbezüglich ist nicht ausreichend. Ferner ist nicht ersichtlich, dass die Beigeladene einem nennenswerten unternehmerischen Risiko unterlegen hätte. Nach der ständigen Rechtsprechung des BSG (vgl. unter anderem BSG, Urteil vom 25.04.2012, B12 KR 24/109 R SozR 4-2400 § 7 Nr. 15) ist maßgebliches Kriterium hierfür, ob eigenes Kapital der die eigene Arbeitskraft auch mit der Gefahr des Verlustes eingesetzt wird, der Erfolg des Einsatzes der tatsächlichen persönlichen Mittel also ungewiss ist (Senat, Beschluss vom 09.01.2013, [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 bestand in einem erfolgsunabhängig gewährten Stundensatz von 6,00 bzw. 7,00 Euro pro Stunde.

Dass eigenes Kapital in Form von Investitionen, Werbung und Fortbildung in Bezug auf die konkret übernommene Tätigkeit oder in Form von zur Verfügung gestellten Arbeitsmitteln durch die Beigeladene eingesetzt worden wäre, hat die Antragstellerin gleichfalls nicht glaubhaft gemacht.

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.

Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus der vereinbarten Haftung auf Schadensersatz bei Schlechtleistung (BSG, Urteil v. 28.9.2011, a.a.O.). Die Haftung für Pflichtverletzungen ist für Arbeitnehmer nicht untypisch. So haftet der Arbeitnehmer nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichtes (BAG) im Rahmen eines dreistufigen Haftungsmodells nicht für leichte Fahrlässigkeit und anteilig für mittlere Fahrlässigkeit. Die volle Haftung muss er für grobe Fahrlässigkeit und Vorsatz übernehmen (BAG GS, Beschluss v. 27.9.1994, [GS 1/89](#) (A), AP Nr. 103 zu § 611 BGB Haftung des Arbeitnehmers, BAG, Urteil v. 25.9.1997, [8 AZR 288/96](#), AP N r. 111 zu § 611 BGB Haftung des Arbeitnehmers).

Sprechen danach die weit überwiegenden Gesichtspunkte für eine abhängige Beschäftigung, so 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](#)).

Weitere in die Gesamtabwägung einzustellende Gesichtspunkte sind weder vorgetragen noch ersichtlich.

Der von der Antragstellerin gerügte Verstoß gegen die Verpflichtung der Antragsgegnerin zur Amtsermittlung ([§ 20 Abs. 1 Satz 1 Sozialgesetzbuch Zehntes Buch \[SGB X\]](#)) ist derzeit nicht erkennbar. Die Antragsgegnerin bestimmt Art und Umfang der Ermittlungen ([§ 20 Abs. 1 Satz 2 SGB X](#)) und bedient sich der Beweismittel, die sie nach pflichtgemäßem Ermessen zur Ermittlung des Sachverhalts für erforderlich hält ([§ 21 Abs. 1 Satz 1 SGB X](#)). In diesem Zusammenhang kann sie auch, wie hier durch Auswertung der Ermittlungsunterlagen des HZA geschehen, Urkunden und Akten beziehen ([§ 21 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 SGB X](#)). Welche notwendigen Ermittlungen die Antragsgegnerin unterlassen haben soll, trägt die Antragstellerin nicht vor. Soweit sie beanstandet, dass die Antragsgegnerin sich nicht in der gebotenen

Weise in der Begründung ihres Bescheides mit den ergänzenden Stellungnahmen der Beigeladenen auseinandergesetzt habe, rügt sie im Kern weder einen Fehler innerhalb der Amtsermittlung noch einen formellen Mangel des Bescheides, sondern das Ergebnis des von der Antragsgegnerin vorgenommenen strukturierten Abwägungsprozesses. Dieses ist jedoch - wie dargestellt - nach gegenwärtigem Erkenntnisstand zutreffend.

Nach summarischer Prüfung ist die Forderung der Antragsgegnerin auch der Höhe nach nicht zu beanstanden. Entsprechendes ist auch nicht vorgetragen worden.

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 VI](#) 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. Die Antragstellerin hat insbesondere ihrer Meldepflicht nach [§ 28a SGB IV](#) nicht genügt. Zudem ist überwiegend wahrscheinlich 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 deswegen auszugehen, da der Sachverhalt keine Anhaltspunkte von Gewicht für das Vorliegen von selbständigen 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.

Es bestehen auch keine Anhaltspunkte dafür, dass die Nachforderung verjährt ist, [§ 25 Abs. 1 Satz 1 SGB IV](#).

Ohne Erfolg beruft sich die Antragstellerin darauf, dass die sofortige Vollziehung des Beitragsbescheides für sie 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.

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

Die Festsetzung des Streitwerts für das Beschwerdeverfahren gemäß [§ 197a SGG](#) i.V.m. [§§ 52 Abs. 1, 53 Abs. 2 Nr. 4](#) Gerichtskostengesetz entspricht der ständigen Senatspraxis, im einstweiligen Rechtsschutz von einem Viertel des Hauptsachenstreitwerts auszugehen (Senat, Beschluss v. 21.2.2012, [L 8 R 1047/11 B ER](#), juris).

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

Rechtskraft

Aus

Login

NRW

Saved

2015-11-26