

## L 5 BA 121/18 B ER

Land  
Schleswig-Holstein  
Sozialgericht  
Schleswig-Holsteinisches LSG  
Sachgebiet  
Sonstige Angelegenheiten  
Abteilung  
5  
1. Instanz  
SG Itzehoe (SHS)  
Aktenzeichen  
S 20 BA 15/18 ER  
Datum  
16.05.2018  
2. Instanz  
Schleswig-Holsteinisches LSG  
Aktenzeichen  
L 5 BA 121/18 B ER  
Datum  
08.11.2018  
3. Instanz  
Bundessozialgericht  
Aktenzeichen

-  
Datum

-  
Kategorie  
Beschluss  
Leitsätze

1. Zur Begründetheit eines Aussetzungsantrags, gerichtet gegen einen Beitragsbescheid über Personen in der ambulanten Pflege.  
2. Bei der Statusfeststellung kommen der Honorarhöhe, dem vereinbarten und gelebten Vertragswillen und dem Umstand, ob der Auftragnehmer für weitere Auftraggeber tätig ist, eine gewichtige Rolle zu.

Auf die Beschwerde der Antragstellerin wird der Beschluss des Sozialgerichts Itzehoe vom 16. Mai 2018 aufgehoben. Die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs gegen den Bescheid der Antragsgegnerin vom 30. Januar 2018 wird angeordnet. Die Antragsgegnerin trägt die Kosten beider Instanzen. Der Streitwert für beide Instanzen wird auf 54.158,08 EUR festgesetzt.

Gründe:

I.

Die Antragstellerin begehrt im Rahmen eines Eilverfahrens die Anordnung der aufschiebenden Wirkung ihres Widerspruchs gegen einen Beitragsbescheid der Antragsgegnerin.

Die Antragstellerin betreibt in der Rechtsform einer GmbH ein Unternehmen, das ambulante Pflegedienstleistungen anbietet. Dabei setzt sie für die Erbringung ihrer Leistungen gegenüber den Kunden sowohl bei ihr abhängig beschäftigtes Personal als auch so genannte freie Mitarbeiter ein.

Vom 13. Februar 2017 bis 22. Februar 2018 führte die Antragsgegnerin bei der Antragstellerin eine Betriebsprüfung für die Zeit vom 1. September 2013 bis 31. Dezember 2016 nach [§ 28p Abs. 1 SGB IV](#) durch. Im Rahmen dieser Prüfung übersandte sie an 12 Auftragnehmer Fragebögen "zur sozialversicherungsrechtlichen Beurteilung der Tätigkeit als Pflegekraft" bei der Antragstellerin. Nach Anhörung mit Schreiben vom 7. November 2017 forderte sie von der Antragstellerin mit Bescheid vom 30. Januar 2018 Sozialversicherungsbeiträge in Höhe von 162.474,24 EUR. Die Betriebsprüfung habe, so die Antragsgegnerin zur Begründung, zu dem Ergebnis geführt, dass die von der Antragstellerin beauftragten Pflegekräfte ihre Tätigkeit in einem versicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnis erbracht hätten und daher für diese Personen bisher nicht gezahlte Sozialversicherungsbeiträge zu entrichten seien. Ihre Tätigkeit hätte sich nicht wesentlich von der Tätigkeit der festangestellten Pflegekräfte unterschieden. Nach der Annahme der jeweiligen Pflegeaufträge seien für die vermeintlich freiberuflichen Pflegekräfte sowohl die Arbeitszeit bzw. -dauer, der Arbeitsort und die Art und Weise der Pflegetätigkeit vorgegeben gewesen. Sie hätten sich zwar die Tage ihres Einsatzes aussuchen dürfen. Während ihres Einsatzes seien sie jedoch in die betrieblichen Abläufe bei der Antragstellerin eingegliedert gewesen. Auch die Rechtsprechung komme zu dem Ergebnis, dass Pflegekräfte, die bezüglich pflegerischer Tätigkeiten für Einzelaufträge eingesetzt würden, in einem abhängigen Beschäftigungsverhältnis stünden. Zwar hätten die Pflegekräfte gegebenenfalls ein hohes Maß an Eigenverantwortung und Selbstständigkeit getragen, weil es ihnen oblag, selbstständig über den Einsatz erforderlicher Hilfsmittel und Maßnahmen in der jeweiligen Situation zu entscheiden. Die regelmäßige Einbringung von Pflegeleistungen für einen anderen Vertragspartner als dem Patienten sei aber grundsätzlich als Beschäftigungsverhältnis aufzufassen. Sie seien im Übrigen auch an die Pflegedokumentation gebunden. Ein Unternehmerrisiko habe bei ihnen nicht vorgelegen. Sie hätten weder nennenswertes Kapital noch eigene Betriebsmittel eingesetzt. Auch der Umstand, dass die Auftragnehmer gegebenenfalls für mehrere Auftraggeber tätig gewesen seien, schließe ein Beschäftigungsverhältnis nicht aus. Dies stelle kein gewichtiges Indiz für eine selbstständige Tätigkeit dar, vielmehr seien die Auftragsverhältnisse jeweils getrennt zu beurteilen. Bei einer Gesamtabwägung sprächen insgesamt mehr Gesichtspunkte und Indizien für eine Beschäftigung als für eine selbstständige Tätigkeit. Der entgegenstehende Wille der Vertragsparteien, freiberuflich tätig zu werden, führe nicht zu einem anderen Ergebnis.

Gegen den Bescheid erhob die Antragstellerin am 8. Februar 2018 Widerspruch mit der Begründung, dass die Auftragnehmer keine Vorgaben zur Auftragsausführung zu erfüllen hätten. Sie hätten auch an Dienstbesprechungen nicht teilnehmen müssen und seien nicht in die Arbeitsorganisation der Antragstellerin eingegliedert gewesen. Sie hätten selbst für neue Aufträge geworben und hätten die Angebotspreise gegenüber der Antragstellerin mitgestaltet.

Die ebenfalls von der Antragstellerin beantragte Aussetzung der Vollziehung der Beitragsforderung lehnte die Antragsgegnerin mit Bescheid vom 18. April 2018 mit der Begründung ab, dass keine ernstlichen Zweifel an der Rechtmäßigkeit des Beitragsbescheides bestünden.

Die Antragstellerin hat am 18. April 2018 beim Sozialgericht Itzehoe die Aussetzung der Vollziehung aus dem Beitragsbescheid vom 30. Januar 2018 beantragt und ihre bisherige Begründung wiederholt. Ergänzend hat sie ausgeführt, dass die Zwangsvollstreckung durch die Einzugsstellen bereits begonnen habe und ihr aufgrund dieser Vollstreckung Zahlungsunfähigkeit drohe. Die Antragsgegnerin hat ebenfalls an ihrer Rechtsauffassung festgehalten.

Das Sozialgericht hat mit Beschluss vom 16. Mai 2018 den Antrag abgelehnt und zur Begründung ausgeführt: Nach den maßgebenden Abgrenzungskriterien könne nicht mit hinreichender Sicherheit festgestellt werden, ob ein Beschäftigungsverhältnis oder eine selbstständige Tätigkeit bei den beauftragten Pflegekräften vorgelegen habe. Es seien auf jeden Fall weitere Ermittlungen erforderlich, da die Fragebögen überwiegend nur unvollständig ausgefüllt worden seien. Ihre Beantwortung sei zudem teilweise sehr ähnlich. Letztlich seien nur vier Fragebögen verwertbar ausgefüllt worden und es sei daher eine persönliche Befragung der Auftragnehmer nach [§ 20 Abs. 1 SGB X](#) durch die Antragsgegnerin notwendig, um eine abschließende Tatsachenaufklärung zu erreichen. Die von den Auftragnehmern S (gemeint: Sa ) und W ausgefüllten Fragebögen sprächen für eine Beschäftigung dieser Personen, die Fragebögen der Auftragnehmer K und Ka hingegen für eine selbstständige Tätigkeit dieser Personen. Insgesamt ergebe sich ein durchmisches Gesamtbild. Es sei aber jedenfalls nicht erkennbar, dass erhebliche Gründe für ein Obsiegen der Antragstellerin in der Hauptsache sprechen, vielmehr sei der Ausgang des Hauptsacheverfahrens derzeit noch als offen zu beurteilen. Es sei bei Auswertung der übersandten Fragebögen bei keinem der Auftragnehmer ein wesentliches Unternehmerrisiko zu erkennen. Letztlich habe die Antragstellerin auch nicht verdeutlicht, dass die von ihr eingeforderte Beitragssumme von 162.474,24 EUR einen so hohen Betrag bedeute, dass die von ihr behaupteten Zahlungsschwierigkeiten glaubhaft seien. Allerdings treffe die Auffassung der Antragsgegnerin, dass eine selbstständige Tätigkeit in derartigen Konstellationen im Bereich der Pflege grundsätzlich ausgeschlossen sei, nicht zu.

Gegen den ihr am 26. Mai 2018 zugestellten Beschluss richtet sich die Beschwerde der Antragsgegnerin, eingegangen beim Schleswig-Holsteinischen Landessozialgericht am 22. Juni 2018. Zur Begründung trägt sie vor: Sie habe ihren freiberuflich tätigen Pflegekräften keine Weisungen erteilt. Gegen deren Beschäftigungsverhältnis spreche auch der Umstand, dass sie weitere Auftraggeber hätten, die Antragstellerin ihnen keine Arbeitsmittel zur Verfügung stelle, sondern sie allein bereit sei, solche gegen Entgelt zu vermieten. Es gebe auch keine Rufbereitschaft, aber eine telefonische Notfallereichbarkeit. Unzutreffend sei die Annahme des Sozialgerichts, dass die Krankenkassen ihr, der Antragstellerin, die offenen Beiträge stundeteten. Dies sei vielmehr abgelehnt worden. Vielmehr warteten die Sozialversicherungsträger auf die Entscheidung des Landessozialgerichts, bevor sie mit der Vollstreckung beginnen und Insolvenzantrag über das Vermögen der Antragstellerin stellen würden.

Die Antragsgegnerin bleibt bei ihrer Auffassung, dass die Auftragnehmer in einem Beschäftigungsverhältnis gestanden hätten. Die Antragstellerin habe Vieles noch ungeklärt gelassen, wie etwa die Dokumentation der Leistungserbringung, mit welchen Mitteln die eingesetzten Pflegekräfte mit den erforderlichen Informationen hinsichtlich Art und Umfang versehen worden seien und wie die Überwachung jeweils erfolgte. Ein Unternehmerrisiko habe bei den Pflegekräften nicht bestanden. Nicht ausschlaggebend sei, dass die Pflegekräfte auch für andere Auftraggeber tätig gewesen seien.

II.

Die Beschwerde der Antragstellerin ist zulässig und begründet.

Der gegen den Beitragsbescheid vom 30. Januar 2018 eingelegte Widerspruch hat nach [§ 86 Abs. 2 Nr. 1](#) Sozialgerichtsgesetz (SGG) keine aufschiebende Wirkung, da in dem Bescheid über die Versicherungspflicht und die Anforderung von Beiträgen entschieden worden ist und ein Antrag der Antragstellerin auf Aussetzung der Vollziehung gemäß [§ 86a Abs. 3 SGG](#) von der Antragsgegnerin abgelehnt wurde. Für die Prüfung des Gerichts nach [§ 86b Abs. 1 Nr. 2 SGG](#) als der Rechtsgrundlage, nach der das Gericht der Hauptsache die aufschiebende Wirkung anordnen kann, gelten dieselben Grundsätze, wie für die entsprechende Entscheidung der Verwaltung nach [§ 86a Abs. 3 Satz 2 SGG](#) (vgl. etwa Beschluss des Senats vom 10. März 2011 - [L 5 KR 31/11 B ER](#); Keller in Meyer-Ladewig u. a., SGG-Kommentar, § 86b Rz. 12b). Danach soll eine Aussetzung der Vollziehung erfolgen, wenn ernstliche Zweifel an der Rechtmäßigkeit des angegriffenen Verwaltungsaktes bestehen oder wenn die Vollziehung für den Abgabepflichtigen eine unbillige, nicht durch überwiegende öffentliche Interessen gebotene Härte zur Folge hätte. Ebenso wie bei der einstweiligen Anordnung nach [§ 86b Abs. 2 SGG](#) (dort Anordnungsanspruch und Anordnungsgrund), steht auch bei der Anordnung der aufschiebenden Wirkung nach [§ 86b Abs. 1 SGG](#) die Prüfungsintensität der Rechtmäßigkeit des angefochtenen Bescheides mit der Intensität der drohenden Rechtsverletzung in einer Wechselbeziehung dergestalt, dass bei einer hohen Intensität der Rechtsverletzung sich die Anforderungen an die Prüfung der Erfolgsaussicht der Hauptsache verringern. Das gilt insbesondere, wenn durch die sofortige Vollziehung vollendete Tatsachen, also irreparable Zustände, geschaffen würden (vgl. Krodel, Das sozialgerichtliche Eilverfahren, 2. Aufl. 2008 Rz. 193, 196 m. w. N. auch aus der Rechtsprechung des BVerfG ).

Die Antragstellerin behauptet, dass es bei einer Vollstreckung zu einer Zahlungsunfähigkeit käme bzw. die Sozialversicherungsträger (gemeint wohl die Einzugsstellen) Insolvenzantrag über ihr Vermögen stellen. Zwar vermag der Senat diese Behauptung aufgrund fehlender Kenntnisse der finanziellen Mittel der Antragstellerin nicht nachzuprüfen. Er sieht sich allerdings auch nicht im Rahmen des Verfahrens im einstweiligen Rechtsschutz dazu in der Lage, da hier umfassende Untersuchungen über die finanzielle Lage der Antragstellerin notwendig wären. Auf der anderen Seite berücksichtigt der Senat, dass es sich bei der eingeforderten Beitragssumme von über 162.000,00 EUR um einen so hohen Betrag handelt, dass schon aufgrund der Höhe dieser Summe von erheblichen Zahlungsschwierigkeiten der Antragstellerin auszugehen ist.

Von wesentlicher Bedeutung ist allerdings für den Senat, dass für die Rechtswidrigkeit des angefochtenen Beitragsbescheides mehr Gründe

sprechen als dagegen und damit das Rechtsmittel der Antragstellerin – jedenfalls zum Teil – erfolgreich sein wird. Zu diesem Ergebnis kommt der Senat nach der im einstweiligen Rechtsschutz grundsätzlich gebotenen summarischen Überprüfung der Rechtslage.

Diese Zweifel finden ihre Grundlage zunächst in der auch vom Sozialgericht in dem angefochtenen Beschluss angesprochenen unzulänglichen Sachaufklärung durch die Antragsgegnerin und damit der Notwendigkeit weiterer Ermittlungen zu den tatsächlichen Verhältnissen, in denen die Pflegekräfte für die Antragstellerin tätig waren. Insoweit verweist der Senat auf die Gründe des angefochtenen Beschlusses. Darüber hinaus sieht der Senat auch bei der bisher bekannten Sachlage erhebliche Zweifel an der Rechtmäßigkeit des Beitragsbescheides unter Berücksichtigung der aktuellen Rechtsprechung des für Statusfragen zuständigen 12. Senats des Bundessozialgerichts (BSG) und der Rechtsprechung des beschließenden Senats zu dem Status von Pflegekräften in stationären Einrichtungen. Zu diesen hat der Senat mehrere Entscheidungen (vgl. insbesondere die Urteile vom 11. Mai 2017 – [L 5 KR 73/15](#), 74/15 und 90/15) darüber getroffen, ob und wann Pflegekräfte beitragspflichtig beschäftigt oder selbstständig tätig waren. Beide Formen der Tätigkeit sind grundsätzlich möglich, wovon auch das Sozialgericht zutreffend ausgeht. Welche vorliegt, hängt von den jeweiligen konkreten Umständen des Einzelfalles ab. Dabei hat der Senat neben den allgemeinen, vom Sozialgericht aufgeführten, Abgrenzungskriterien dem Umstand, ob die Pflegekraft für weitere Auftraggeber tätig war, ein besonderes Gewicht beigemessen. Dies insbesondere deshalb, weil entgegen der Auffassung der Antragsgegnerin und des Sozialgerichts das Vorliegen eines Unternehmerrisikos als grundsätzlich bedeutendes Merkmal der Abgrenzung bei Dienstleistungen wie der Pflege mangels bedeutenden Kapitaleinsatzes von untergeordneter Bedeutung ist (so ausdrücklich das Urteil vom 11. Mai 2017 – [L 5 KR 90/15](#); siehe auch das Urteil des BSG vom 31. März 2017 – [B 12 R 7/15 R](#)). An dieser Rechtsprechung hält der Senat weiterhin fest. Denn dieses Indiz hat der Gesetzgeber für die Zeit von 1999 bis 2003 in [§ 7 Abs. 4 Nr. 2 SGB IV](#) als Abgrenzungsmerkmal ausdrücklich aufgenommen. Diese Aufnahme in das Gesetz entsprach und entspricht der ständigen Rechtsprechung an der Sozialgerichtsbarkeit, wonach eine Tätigkeit für mehrere Auftraggeber Merkmal einer selbstständigen Tätigkeit ist, jedenfalls, wenn sie – wie hier – mit einem werbenden Auftreten am Markt für die angebotene Leistung einhergeht (so ausdrücklich auch BSG vom 18. November 2015 – [B 12 KR 16/13 R](#) –; Bayrisches LSG vom 15. Februar 2017 – [L 2 U 108/15](#); LSG Berlin-Brandenburg vom 14. Dezember 2016 – [L 9 KR 344/13](#)). Ein solches werbendes Auftreten am Markt haben die Pflegekräfte unter Hinweis auf das Internet, Annoncen, Visitenkarten und Vermittlungsagenturen überwiegend bejaht.

Völlig unberücksichtigt gelassen haben sowohl die Antragsgegnerin als auch das Sozialgericht die den Pflegekräften gezahlten Stundenlöhne, obwohl dies vom BSG in seinem Urteil vom 31. März 2017 ([B 12 KR 16/14 R](#)) und vom Senat in seinen Entscheidungen vom 11. Mai 2017 [a. a. O.](#) hinsichtlich der Frage, ob eine sozialversicherungspflichtige Beschäftigung oder selbstständige Tätigkeit vorliegt, gewichtige Bedeutung beigemessen wurde. Die Vergütung der Pflegekräfte belief sich nach den Fragebögen auf Stundenlöhne von 20,00 bis 40,00 EUR pro Stunde und damit in einer Höhe, die es nach der Rechtsprechung des Senats grundsätzlich ermöglicht, Eigenvorsorge zu betreiben. Darüber hinaus ist den Fragebögen zu entnehmen, dass die Pflegekräfte an allgemeinen Dienstbesprechungen der Antragstellerin nicht teilnahmen, sie zum Großteil die zu pflegenden Personen selbst aussuchten und Weisungen der Antragstellerin unterworfen waren, und die Antragsgegnerin selbst in Feststellungsbescheiden nach dem SGB VI bei einigen Pflegekräften vom Status der Selbstständigkeit ausging.

Selbst wenn bei Berücksichtigung dieser für eine Selbstständigkeit sprechenden Indizien letztlich in der Gesamtabwägung zwingende Gesichtspunkte für oder gegen abhängige Beschäftigung nicht festzustellen sind, käme den sich aus den Fragebögen ergebenden gemeinsamen geäußerten und auch gelebten Vertragswillen der Antragstellerin mit den jeweiligen Pflegekräften als freiberufliche Tätigkeit nach der Rechtsprechung des BSG in seinem Urteil vom 14. März 2018 ([B 12 R 3/17 R](#)) "beachtliches Gewicht" mit dem Ergebnis zu, dass von einer Selbstständigkeit der Pflegekräfte auszugehen ist.

Letztlich fehlt es dem angefochtenen Beitragsbescheid an jeglicher Individualisierung, jeweils bezogen auf die einzelnen Pflegekräfte, was nach den teilweise sehr unterschiedlich ausgefüllten Fragebögen jedoch im Rahmen der Begründungspflicht nach [§ 35 Abs. 1 SGB X](#) notwendig ist.

Hinsichtlich des bei der Überprüfung im Rahmen der Aussetzungsentscheidung notwendigen Überzeugungsgrades bezüglich der zu klärenden Rechtsfragen ist zu beachten, dass es nach Sinn und Zweck des Eilverfahrens grundsätzlich nicht Aufgabe der Gerichte sein kann, schon im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes eine umfassende rechtliche Prüfung der Hauptsache vorzunehmen; denn damit würde die Effektivität dieses Verfahrens und damit das gerichtliche Rechtsschutzinteresse insgesamt geschwächt (vgl. Krodel, a. a. O. Rz. 220). Dies gilt insbesondere dann, wenn wie hier bei einer unzureichenden Tatsachengrundlage oder bei schwierigen Rechtsfragen eine abschließende rechtliche Prüfung in einem Eilverfahren gar nicht möglich ist. Vor diesem Hintergrund und der im Eilverfahren vorzunehmenden Interessenabwägung zwischen dem öffentlichen Interesse am Sofortvollzug und dem Aussetzungsinteresse der Antragstellerin kann eine Anordnung der aufschiebenden Wirkung eines Rechtsmittels nach [§ 86b Abs. 1 Nr. 2 SGG](#) nach Auffassung des beschließenden Senats auch dann erfolgen, wenn die Rechtmäßigkeit des angefochtenen Verwaltungsaktes von einer Mehrzahl von Voraussetzungen abhängt, deren Prüfung die klärungsschwierige Sach- und Rechtsfragen beinhaltet (Beschluss vom 20. April 2012 – [L 5 KR 20/12 B ER](#)).

Die Kostenentscheidung folgt aus [§ 197a Abs. 1 Satz 1 SGG](#), [§ 155 Abs. 1 VwGO](#).

Der beschließende Senat nimmt bei der Entscheidung im einstweiligen Rechtsschutz bei der Bemessung des Streitwertes regelmäßig, worauf das Sozialgericht zutreffend hinweist, einen Abschlag vor, und zwar im Hinblick auf die Vorläufigkeit der Entscheidung auf 1/3 des im Hauptsacheverfahren streitigen Betrages. Daraus folgt ein Streitwert von 54.158,08 EUR, ebenso wie vom Sozialgericht festgesetzt.

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

Rechtskraft

Aus

Login

SHS

Saved

2018-11-19