

L 1 R 213/10 B ER

Land

Sachsen-Anhalt

Sozialgericht

LSG Sachsen-Anhalt

Sachgebiet

Rentenversicherung

Abteilung

1

1. Instanz

SG Magdeburg (SAN)

Aktenzeichen

S 10 R 458/10 ER

Datum

12.07.2010

2. Instanz

LSG Sachsen-Anhalt

Aktenzeichen

L 1 R 213/10 B ER

Datum

01.12.2010

3. Instanz

Bundessozialgericht

Aktenzeichen

-

Datum

-

Kategorie

Beschluss

Die Beschwerde gegen den Beschluss des Sozialgerichts Magdeburg vom 12. Juli 2010 wird zurückgewiesen.

Die Antragstellerin trägt die Kosten des Verfahrens in beiden Instanzen.

Der Streitwert wird auf 4.458,42 Euro festgesetzt.

Gründe:

I.

Die Antragstellerin wendet sich im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes gegen eine von der Antragsgegnerin geltend gemachte Beitragsnachforderung in Höhe von 17.833,68 Euro für den Zeitraum vom 1. Januar 2005 bis zum 31. Dezember 2008.

Die Antragstellerin betreibt unter der Firma "L. C. R." ein Restaurant. Das Finanzamt M. I führte aufgrund seiner Prüfungsanordnung vom 4. Juli 2008 eine Lohnsteuer-Außenprüfung bei diesem Betrieb durch und kam zu dem Ergebnis, dass verschiedene Personen, die gegenüber der Antragstellerin Leistungen erbracht und abgerechnet hatten, nicht als selbständige Unternehmer, sondern als abhängig beschäftigte Arbeitnehmer zu bewerten gewesen seien. Nach den Angaben der Antragstellerin erfolgte entsprechend dieser Auffassung eine Korrektur der durch sie zu entrichtenden Lohnsteuer, die ihr gegenüber bestandskräftig festgesetzt worden sei.

Auf Grundlage der Prüfungsfeststellungen des Finanzamts führte die Antragsgegnerin bei der Antragstellerin für den Zeitraum vom 1. Januar 2005 bis zum 31. Dezember 2008 eine Betriebsprüfung nach [§ 28p Abs. 1](#) Viertes Buch Sozialgesetzbuch (SGB IV) durch. Nach deren Ergebnis habe die Antragstellerin sieben ihrer Mitarbeiter unzutreffend nicht als versicherungspflichtige Beschäftigte eingestuft, sondern als selbständige Unternehmer. Die Unternehmereigenschaft für Kellner und ähnliche Berufsbilder sei in der vorliegenden Gestaltung nicht möglich (vgl. Protokoll der Schlussbesprechung am 11. Dezember 2009).

Mit Bescheid vom 21. Dezember 2009 machte die Antragsgegnerin gegenüber der Antragstellerin eine Beitragsnachentrichtung in Höhe von 17.833,68 Euro geltend. Den hiergegen am 22. Januar 2010 eingelegten Widerspruch wies die Antragsgegnerin mit Widerspruchsbescheid vom 5. Mai 2010 zurück. Sie führte zur Begründung aus, dass eine Unternehmereigenschaft für Kellner und Barkeeper zu verneinen sei, da die Antragstellerin die entsprechenden Räumlichkeiten, die Getränke und das Barequipment zur Verfügung stelle. Dadurch trage allein die Antragstellerin das wirtschaftliche Risiko. Nach einer Gesamtwürdigung würden die Tatsachen überwiegen, die für ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis sprächen.

Die Antragstellerin hat am 9. Juni 2010 beim Sozialgericht Magdeburg (SG) Klage erhoben (S 10 R 348/10) und um einstweiligen Rechtsschutz nachgesucht. Im Hinblick auf das Eilverfahren hat sie vorgetragen, dass sie gegenüber den in ihrem Restaurant tätigen Unternehmern nicht weisungsbefugt sei. Diese würden ihre Leistungen eigenverantwortlich und ohne Einflussnahme der Antragstellerin erbringen. Insbesondere sei die Antragstellerin nicht befugt, den Unternehmern Anweisungen in Bezug auf die Erledigung der übernommenen Dienstleistungen zu erteilen. Demzufolge liege auch keine weisungsgebundene Tätigkeit vor. Die Dienstleister würden ihre erbrachten Leistungen gegenüber der Antragstellerin abrechnen. Die Antragstellerin habe diese Vergütung weder kalkuliert noch den Dienstleistern Vorgaben gemacht, welche Vergütung zu entrichten sei. Die Vergütung erfolge ausschließlich auf Grundlage einer eigenen Kalkulation und hierauf beruhenden Verhandlungen, die zu den vereinbarten Vergütungen geführt hätten. Ein unternehmerisches Risiko ergebe sich nicht ausschließlich aus dem Einsatz von Betriebsmitteln. Die für die Antragstellerin tätigen Dienstleister hätten das Risiko

getragen, dass sie nur bei Erbringung ihrer Dienstleistungen eine Vergütung hätten beanspruchen können. Aus der steuerrechtlichen Einordnung ergebe sich keine Bindungswirkung. Das SG hat mit Beschluss vom 12. Juli 2010 den Antrag auf Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes abgelehnt. Die aufschiebende Wirkung der Anfechtungsklage könne nicht angeordnet werden, da keine ernstlichen Zweifel an der Rechtmäßigkeit der Verwaltungsentscheidung bestünden. Eine Unternehmereigenschaft für Kellner bzw. Barkeeper ließe sich weder aus dem allgemeinen Berufsbild noch aus der Aktenlage herleiten.

Die Antragstellerin hat gegen den ihr am 30. Juli 2010 zugestellten Beschluss am 25. August 2010 Beschwerde beim Landessozialgericht Sachsen-Anhalt eingelegt und ihr bisheriges Vorbringen vertieft. Die selbständigen Mitarbeiter würden ein eigenes unternehmerisches Risiko tragen, nämlich dass es ihnen gelinge, ihre Arbeitskraft erfolgreich der Antragstellerin oder anderen Unternehmen anzubieten; nur bei einer tatsächlichen Abforderung der Dienstleistung entstehe ein Vergütungsanspruch. Sie seien nicht ausschließlich für die Antragstellerin tätig, sondern würden ihre Dienstleistung auch gegenüber anderen Unternehmen, insbesondere im Gastronomiebereich erbringen. Charakteristisch für das Rechtsverhältnis zu den Servicemitarbeitern sei, dass diese eigenverantwortlich Urlaub nehmen könnten, d. h. ihre Serviceleistung nicht anbieten und stattdessen keiner entgeltlichen Tätigkeit mehr nachgehen würden. Auf Nachfragen des Berichterstatters hat die Antragstellerin ausgeführt, dass sie mit ihren Dienstleistern keine schriftlichen Verträge geschlossen habe; der Inhalt der vertraglichen Vereinbarungen ergebe sich aus dem Sachvortrag im Eilverfahren. Die Antragstellerin habe eine Woche im Voraus einen Dienstplan erstellt, in dem sie die vorhandenen festangestellten Mitarbeiter eingeplant habe. Wenn weitere Arbeitskräfte benötigt worden seien, habe man bei den zur Auswahl stehenden selbständigen Kellnern und Barkeepern angefragt, ob diese in der jeweiligen Zeit ihre Dienstleistung erbringen könnten. Dabei habe es den Befragten jeweils freigestanden, ob sie ihre Dienstleistung erbringen konnten oder wollten. Eine Pflicht, tätig zu werden, habe es nicht gegeben. Insgesamt seien neben den selbständigen Kellnern und Barkeepern regelmäßig mindestens drei festangestellte Kellner und Barkeeper im Betrieb tätig gewesen.

Die Antragstellerin beantragt sinngemäß,

den Beschluss des Sozialgerichts Magdeburg vom 12. Juli 2010 aufzuheben und die aufschiebende Wirkung ihrer Klage gegen den Bescheid der Antragsgegnerin vom 21. Dezember 2009 in der Fassung des Widerspruchsbescheides vom 5. Mai 2010 anzuordnen.

Die Antragsgegnerin beantragt,

die Beschwerde der Antragstellerin gegen den Beschluss des Sozialgerichts Magdeburg vom 12. Juli 2010 zurückzuweisen.

Sie erwidert, dass Kellner und Barkeeper kein Unternehmerrisiko tragen würden, und ergänzt ihr Vorbringen durch Vorlage eines Urteils des Hessischen Landessozialgerichts vom 6. Juni 1991 ([L 1 KR 1217/89](#)).

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die Gerichtsakte sowie auf die Verwaltungsvorgänge der Antragsgegnerin ergänzend Bezug genommen. Diese Unterlagen sind bei der Entscheidungsfindung berücksichtigt worden.

II.

Die Beschwerde ist statthaft ([§ 172 Sozialgerichtsgesetz - SGG -](#)), form- und fristgerecht eingelegt worden ([§ 173 SGG](#)) und auch im Übrigen zulässig. Sie ist jedoch nicht begründet.

Der zulässige Antrag auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung der Klage gegen die Verwaltungsentscheidung der Antragsgegnerin ist nicht begründet; das SG hat daher zu Recht den Antrag auf Gewährung einstweiligen Rechtsschutzes abgelehnt.

Das Gericht der Hauptsache kann gem. [§ 86b Abs. 1 Nr. 2 SGG](#) auf Antrag in den Fällen, in denen Widerspruch oder Anfechtungsklage keine aufschiebende Wirkung haben - wie hier gem. [§ 86a Abs. 2 Nr. 1 SGG](#) -, die aufschiebende Wirkung ganz oder teilweise anordnen. Einen ausdrücklichen Maßstab für die gerichtliche Anordnung der aufschiebenden Wirkung sieht die genannte Norm nicht vor. Das Gericht entscheidet aufgrund einer Interessenabwägung. Je größer die Erfolgsaussichten, umso geringere Anforderungen sind an das Aussetzungsinteresse zu stellen. Ist die in der Hauptsache zulässige Klage aussichtslos, wird die aufschiebende Wirkung nicht angeordnet. Demgegenüber ist die aufschiebende Wirkung anzuordnen, wenn der Verwaltungsakt offenbar rechtswidrig ist und der Betroffene dadurch in seinen subjektiven Rechten verletzt wird. Sind die Erfolgsaussichten der Klage nicht derart eindeutig zu beurteilen, sind neben den Erfolgsaussichten weitere Gesichtspunkte in die Abwägungsentscheidung einzustellen, insbesondere auch eine Folgenabwägung sowie die Berücksichtigung des Regel-Ausnahmeverhältnisses des [§ 86a Abs. 2 SGG](#) (vgl. Keller in Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer, Sozialgerichtsgesetz, Kommentar, 9. Aufl. 2008, § 86b Rdnr. 12 bis 12i).

Der Senat kommt nach Abwägung aller maßgeblichen Punkte und vor dem Hintergrund der im Eilverfahren gebotenen summarischen, aber auch ausreichenden Prüfung nach dem derzeitigen Kenntnisstand zu dem Ergebnis, dass das Vollzugsinteresse das Aussetzungsinteresse überwiegt. Denn der Bescheid der Antragsgegnerin vom 21. Dezember 2009 in der Gestalt ihres Widerspruchsbescheides vom 5. Mai 2010 ist - nach dem genannten Prüfungsmaßstab - rechtmäßig und verletzt nicht die Rechte der Antragstellerin.

Die Antragsgegnerin hat mit ihrer Verwaltungsentscheidung zu Recht festgestellt, dass es sich bei den für die Antragstellerin tätigen zusätzlichen Mitarbeitern um versicherungspflichtig beschäftigte Arbeitnehmer handelt, so dass die Antragstellerin verpflichtet ist, Sozialversicherungsbeiträge für diese zu zahlen. Der Senat ist nach Würdigung aller Umstände der Auffassung, dass die Kellner und Barkeeper im streitigen Zeitraum in einem abhängigen Beschäftigungsverhältnis zu der Antragstellerin gestanden haben. Bedenken gegen die Höhe der geltend gemachten Beiträge sind weder vorgetragen noch ersichtlich.

Gem. [§ 7 Abs. 1 Satz 1 SGB IV](#) ist Beschäftigung die nichtselbständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis. Anhaltspunkte für eine Beschäftigung sind eine Tätigkeit nach Weisungen und eine Eingliederung in die Arbeitsorganisation des Weisungsgebers, [§ 7 Abs. 1 Satz 2 SGB IV](#). Die Abgrenzung der nichtversicherten selbständigen von der versicherungspflichtigen Tätigkeit ist danach vorzunehmen, ob der Beschäftigte von einem Arbeitgeber persönlich abhängig ist. Persönlich abhängig ist bei einer Beschäftigung in einem fremden Betrieb der Beschäftigte, der in den Betrieb eingegliedert ist und einem Weisungsrecht des Arbeitsgebers hinsichtlich Zeit, Dauer und Ort der

Arbeitsleistung unterliegt. Kennzeichnend für eine selbständige Tätigkeit ist das eigene Unternehmerrisiko, die Verfügungsmöglichkeit über die eigene Arbeitskraft und die Möglichkeit, frei über den Arbeitsort und die Arbeitszeit zu verfügen. Sofern eine Tätigkeit Merkmale aufweist, die auf eine Abhängigkeit oder Unabhängigkeit hinweisen, ist entscheidend, welche Merkmale überwiegen. Dabei sind alle Umstände des Falles zu berücksichtigen und eine Entscheidung nach dem Gesamtbild der jeweiligen Arbeitsleistung unter Berücksichtigung der Verkehrsanschauung zu treffen. Anknüpfungspunkt ist zunächst die vertragliche Ausgestaltung des Verhältnisses. Weicht diese jedoch von den tatsächlichen Verhältnissen ab, so sind diese entscheidend (vgl. im Einzelnen und mit weiteren Nachweisen: Seewald in Kasseler Kommentar, Stand: 66. Ergänzungslieferung, [§ 7 SGB IV](#), Rdnr. 46 ff.).

Der Senat unterstellt hier den Vortrag der Antragstellerin als richtig, wonach diese fest angestelltes Stammpersonal hat und sich darüber hinaus - je nach Bedarf - aus dem Pool der ihr zur Verfügung stehenden weiteren Kellner und Barkeeper bedient. Dies ist im Gastronomiegewerbe eine häufig zu verzeichnende Praxis und ermöglicht es dem Unternehmen, flexibel auf den jeweiligen Bedarf und die jeweilige Situation zu reagieren. Wenn zu sogenannten Spitzenzeiten mehr Personal benötigt wird, kann dieses durch zusätzliche Arbeitskräfte schnell aufgefüllt werden. Dies funktioniert in der Regel dadurch, dass das Unternehmen möglichst viele weitere Arbeitskräfte auf Abruf bereithalten kann, ggf. unter Angebot von entsprechender Entlohnung für diese Zeiten. Aus der fehlenden festen Anstellung dieser Mitarbeiter folgt jedoch nicht, dass es sich bei diesen um selbständige Unternehmer handelt. Vielmehr sind auch diese Mitarbeiter, wie die festangestellten Mitarbeiter, wenn sie im Restaurant der Antragsgegnerin arbeiten, deren Anweisung unterworfen und in deren Arbeitsorganisation eingegliedert. Sie werden in bestimmten Bereichen des Restaurants eingesetzt, ohne dass sie sich bestimmte Gäste auswählen dürfen oder andere Gäste ablehnen könnten. Die Mitarbeiter können auch keine eigenen Speisen oder Getränke den Gästen in Konkurrenz zu den anderen Mitarbeitern oder in Konkurrenz zur Antragstellerin anbieten. Sie müssen vielmehr die Räumlichkeiten und das Barequipment nutzen sowie die Speisen und Getränke der Antragstellerin verkaufen. Sie tragen keine Kosten des Einkaufs oder der Zubereitung von Lebensmitteln und Getränken. Ein Ausfallrisiko tragen sie auch nicht dahingehend, dass wider Erwarten weniger Gäste das Lokal besuchen und deshalb ihr Lohn in geringerer Höhe ausgezahlt würde. Vielmehr trägt insoweit allein die Antragstellerin das wirtschaftliche Risiko, das mit der Arbeit der Kellner und Barkeeper verbunden ist. Soweit die Antragstellerin darauf verweist, dass das wirtschaftliche Risiko der Kellner und Barkeeper darin bestehe, dass die Antragstellerin sie nicht beschäftige und ihnen kein Geld zahle, ist dies die übliche Situation, in der Arbeitnehmer stehen, die von ihrem Arbeitgeber eingestellt werden oder eben nicht. Allein daraus, dass hier ein Beschäftigungsverhältnis nicht dauerhaft, sondern je nach Bedarf ausgehandelt wird, ergibt sich keine andere Wertung. Die von der Antragstellerin praktizierte Gestaltung erzeugt nur den Schein einer Selbständigkeit. Das Gesamtbild der Arbeitsleistung auch unter Berücksichtigung der Verkehrsanschauung ist dagegen tatsächlich das Bild eines beschäftigten Kellners oder Barkeepers. Dies ergibt sich auch daraus, dass der Gast regelmäßig nicht unterscheiden kann, ob er von einem festangestellten Mitarbeiter oder von einem für die Spitzenzeiten angestellten zusätzlichen Mitarbeiter bedient wird. Die Tätigkeit der festangestellten Mitarbeiter und der zusätzlichen Mitarbeiter unterscheidet sich nach Auffassung des Senats nach außen hin überhaupt nicht. Die zusätzlich eingestellten Barkeeper oder Kellner haben, wenn sie sich mit der Antragstellerin über eine Beschäftigung einigen, auch nicht die Möglichkeit, frei über den Arbeitsort und die Arbeitszeit zu verfügen. Sie müssen vielmehr in der vereinbarten Zeit ihre Arbeit verrichten und die Gäste im Café nach Maßgabe der Gepflogenheiten und Abläufe in der Arbeitsorganisation des Cafés bedienen. Sie sind damit vollständig in die Arbeitsorganisation der Antragstellerin eingegliedert. Dass die Mitarbeiter ohne schriftlichen Vertrag beschäftigt werden und damit evtl. formlos nicht mehr weiter beschäftigt werden können, spricht für das hier angenommene Modell, wonach - je nach Bedarf - Mitarbeiter zusätzlich gewonnen und in die Arbeitsorganisation eingegliedert werden. Dass die zusätzlichen Mitarbeiter auch für andere Arbeitgeber tätig sind, lässt nicht darauf schließen, dass sie als selbständige Unternehmer tätig wären. Es besteht insoweit die Möglichkeit, dass verschiedene abhängige Beschäftigungsverhältnisse nebeneinander bestehen, was auch durchaus üblich ist.

Die Kostenentscheidung beruht auf einer entsprechenden Anwendung von [§ 197a Abs. 1 SGG](#) i. V. m. [§ 154 Abs. 2](#) Verwaltungsgerichtsordnung.

Die Streitwertfestsetzung folgt aus § 53 Abs. 3 Nr. i. V. m. [§ 52 Abs. 1](#) Gerichtskostengesetz (GKG). Der Streitwert bestimmt sich nach der aus dem Antrag der Antragstellerin sich ergebenden Bedeutung der Sache nach Ermessen. Die Grundlage des Streitwertes bildet hier ein Viertel des Hauptsachestreitwertes, d. h. der Höhe der Beitragsforderung. Der Senat orientiert sich insoweit an Punkt 7. 2 des Streitwertkataloges für die Sozialgerichtsbarkeit (Stand 1. April 2009). Gehören in einem sozialgerichtlichen Verfahren - wie hier - weder der Antragsteller noch der Antragsgegner zu den nach [§ 183 SGG](#) kostenmäßig privilegierten Personen, hat das Gericht den Streitwert durch Beschluss festzusetzen, sobald eine Entscheidung über den gesamten Streitgegenstand ergeht oder sich das Verfahren anderweitig erledigt, [§ 63 Abs. 2 Satz 1 GKG](#) i. V. m. [§ 197a Abs. 1 SGG](#).

Die Beschwerde ist nicht zulässig, [§ 177 SGG](#).

Rechtskraft

Aus

Login

SAN

Saved

2011-04-08