L 11 R 3553/12 ER-B

Land
Baden-Württemberg
Sozialgericht
LSG Baden-Württemberg
Sachgebiet
Rentenversicherung
Abteilung
11
1. Instanz
SG Freiburg (BWB)
Aktenzeichen
S 6 R 3160/12 ER
Datum
12.07.2012
2. Instanz
LSG Baden-Württemberg
Aktenzeichen
L 11 R 3553/12 ER-B
Datum
18.12.2012
3. Instanz
Bundessozialgericht
Aktenzeichen
-
Datum
-
Kategorie
Beschluss
Die Beschwerde der Antragstellerin gegen den Beschluss des Sozialgerichts Freiburg vom 12.07.2012 wird mit der Maßgabe zurückgewiesen, dass die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs gegen den Bescheid vom 25.05.2012 wegen der Festsetzung von Säumniszuschlägen in Höhe von 39.384,00 EUR angeordnet wird.

Die Antragstellerin trägt die Kosten des Beschwerdeverfahrens.

Der Streitwert wird für das Verfahren in erster Instanz auf 168.880,71 EUR und für das Beschwerdeverfahren auf 149.188,71 EUR festgesetzt.

Gründe:

I.

Die Antragstellerin wendet sich im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes gegen den Bescheid der Antragsgegnerin vom 25.05.2012 über die Nachforderung von Sozialversicherungsbeiträgen für die Zeit vom 01.08.2005 bis 31.07.2009 in Höhe von 220.764,85 EUR zuzüglich Säumniszuschlägen in Höhe von 116.996,58 EUR.

Die Antragstellerin betreibt ein Transportunternehmen. Der Geschäftsführer der Klägerin wurde vom Amtsgericht K. (AG) mit Urteil vom 02.02.2012 (1 Cs 430 Js 1755/10) wegen Vorenthaltens und Veruntreuens von Arbeitsentgelt in 75 Fällen zu einer Gesamtgeldstrafe von 120 Tagessätzen à 35,00 EUR verurteilt, im Übrigen wurde er freigesprochen. Die Beklagte hörte nach Auswertung dieses Urteils sowie der Ermittlungen des Hauptzollamts L. die Klägerin mit Schreiben vom 23.03.2012 zu einer beabsichtigten Nachforderung von Sozialversicherungsbeiträgen in Höhe von 220.764,85 EUR für den Zeitraum 01.08.2005 bis 31.07.2009 zuzüglich Säumniszuschlägen in Höhe von 116,996,58 EUR an. Mit Bescheid vom 25.05.2012 setzte sie eine entsprechende Forderung gegen die Klägerin in Höhe von insgesamt 337.761,43 EUR fest. Die Antragstellerin habe die Fahrer G. F., A. N., U. L., J. H., M. K., E. Fr., Gu. Ra. und Ur. Ku. als Arbeitnehmer beschäftigt, ohne Sozialversicherungsbeiträge abzuführen. Über den hiergegen eingelegten Widerspruch der Antragstellerin ist bislang nicht entschieden.

Am 26.06.2012 hat die Antragstellerin beim Sozialgericht Freiburg (SG) vorläufigen Rechtsschutz beantragt. Die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs sei anzuordnen, weil die Vollstreckung eine wirtschaftliche Härte bedeuten würde; die Antragstellerin müsse dann einen sofortigen Insolvenzantrag stellen. Mit Urteil des AG sei der Geschäftsführer der Antragstellerin bezüglich der Fahrer Fr., Ra. und Ku. vom Vorwurf des Vorenthaltens und Veruntreuens von Arbeitsentgelt freigesprochen worden. Darüber hinaus sei gegen das Urteil Berufung eingelegt worden. Gleichwohl halte die Antragsgegnerin an einer vollumfänglichen Beitragsentrichtung fest. Zudem bestünden Rechendifferenzen bezüglich der Mitarbeiter K. in Höhe von 4.759,00 EUR und Fichte in Höhe von 70.000,00 EUR.

Die Antragsgegnerin ist dem Antrag entgegen getreten und hat darauf hingewiesen, dass das AG sehr wohl auch von einer Scheinselbstständigkeit der Fahrer Fr., Ra. und Ku. ausgegangen sei und lediglich einen Irrtum des Geschäftsführers hierüber angenommen, weshalb Vorsatz nicht nachweisbar gewesen sei. Im Sozialversicherungsrecht könnten dagegen auch bei einfacher Fehlbeurteilung Beiträge nachgefordert werden. Die von der Antragstellerin beanstandeten Entgeltdifferenzen seien darin begründet, dass die Zahlungen an die Fahrer als Nettolohnzahlungen gewertet und in Bruttolohn umgerechnet worden seien.

Das SG hat mit Beschluss vom 12.07.2012 die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs der Antragstellerin gegen den Bescheid vom

25.05.2012 angeordnet, soweit Säumniszuschläge auf die Sozialversicherungsbeiträge bezüglich E. Fr., Gu. Ra. und Ur. Ku. gefordert wurden. Im Übrigen hat es den Antrag abgelehnt. Zur Begründung hat es im Wesentlichen ausgeführt, im Rahmen des § 86b Abs 1 Satz 1 Nr 2 Sozialgerichtsgesetz (SGG) sei unter Gegenüberstellung der Interessen der Antragstellerin an der Aussetzung der Vollziehung und dem öffentlichen Interesse an der sofortigen Vollziehbarkeit eine Abwägungsentscheidung zu treffen. An der sofortigen Vollziehung könne dann kein öffentliches Interesse bestehen, wenn die Entscheidung nach summarischer Prüfung rechtswidrig erscheine und der Antragsteller in der Hauptsache voraussichtlich Erfolg haben werde. Daran gemessen habe der Antrag Erfolg, soweit Säumniszuschläge bezüglich der Fahrer Fr., Ra. und Ku. erhoben würden, denn nach § 24 Abs 2 Sozialgesetzbuch Viertes Buch (SGB IV) sei ein Säumniszuschlag bei Beitragsforderungen mit Wirkung für die Vergangenheit nicht zu erheben, soweit der Beitragsschuldner glaubhaft mache, dass er unverschuldet keine Kenntnis von der Zahlungspflicht gehabt habe. Aufgrund des Strafurteils erscheine jedenfalls zweifelhaft, ob die behauptete Unkenntnis der Zahlungspflicht auf Verschulden beruhe. Die entsprechende Klärung müsse dem Hauptsacheverfahren vorbehalten bleiben. Ansonsten habe der Antrag keinen Erfolg, weil der Bescheid vom 25.05.2012 nach summarischer Prüfung rechtmäßig erscheine. Nach dem im Urteil des AG vom 02.02.2012 dargelegten Sachverhalt bestünden keinen durchgreifenden Bedenken an der rechtlichen Beurteilung, dass die Fahrer G. F., A. N., U. L., J. H., M. K., E. Fr., Gu. Ra. und Ur. Ku. keineswegs als selbstständige Subunternehmer, sondern als abhängig Beschäftigte einzustufen seien, weil sie sämtlich ohne eigenen Lkw für die Antragstellerin tätig gewesen seien, kein Unternehmerrisiko getragen hätten und aufgrund eines entsprechenden Weisungsrechts der Antragstellerin eine Eingliederung in ihren Betrieb vorgelegen habe. Hinsichtlich der Höhe der Nachforderungsbeträge bestünden keine Bedenken, weil die Umrechnung der Netto- in Bruttolöhne im Hinblick auf § 14 Abs 2 SGB IV rechtlich geboten sei. Eine mögliche Insolvenz der Antragstellerin könne die Anordnung der aufschiebenden Wirkung nicht begründen, weil die Beitragsforderung hierdurch nicht rechtswidrig würde. Es stehe den Beteiligten frei, eine Stundung oder Ratenzahlung zu vereinbaren.

Das Landgericht Freiburg (LG) hat mit Beschluss vom 10.10.2012 (10 Ns 430 Js 1755/10 - AK 18/12) das Verfahren gegen den Geschäftsführer der Antragstellerin wegen Vorenthaltens und Veruntreuens von Arbeitsentgelt gemäß § 153a Strafprozessordnung gegen die Auflage vorläufig eingestellt, einen Geldbetrag in Höhe von 4.200,00 EUR in monatlichen Raten von 700,00 EUR, beginnend ab 01.11.2012, an die Staatskasse zu zahlen.

Gegen den ihrem Bevollmächtigten am 16.07.2012 zugestellten Beschluss richtet sich die am 16.08.2012 eingelegte Beschwerde der Antragstellerin. Es werde noch geprüft, ob die Beschwerde ggf beschränkt werde. Die Vorsitzende Richterin am LG Dr M. habe nach der Beweisaufnahme in der Hauptverhandlung definitiv die Herren Fr. und Ra. als echte Selbstständige bezeichnet, bezüglich derer auf keinen Fall eine Verurteilung erfolgen könne.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sachverhalts und des Vorbringens der Beteiligten wird auf den Inhalt der Gerichtsakte, der Verwaltungsakte der Antragsgegnerin und der beigezogenen Akte des LG (10 Ns 430 Js 1755/10 - AK 18/12) Bezug genommen.

II.

Die Beschwerde hat keinen Erfolg.

Die gemäß § 173 SGG form- und fristgerecht eingelegte Beschwerde der Antragstellerin ist gemäß § 172 Abs 3 Nr 1 SGG nicht ausgeschlossen und damit zulässig. Sie ist jedoch unbegründet. Allein angegriffen mit der Beschwerde ist die Ablehnung der Anordnung der aufschiebenden Wirkung bezüglich der Beitragsforderung insgesamt und der Säumniszuschläge betreffend die Beiträge für G. F., A. N., U. L., J. H. und M. K ... Insoweit kann die Antragstellerin die Anordnung der aufschiebenden Wirkung ihres Widerspruchs nicht verlangen.

Widerspruch und Anfechtungsklage haben nicht bereits kraft Gesetzes aufschiebende Wirkung. Nach Abs 1 des mit Wirkung vom 02.01.2002 durch Art 1 Nr 35 des Sechsten Gesetzes zur Änderung des Sozialgerichtsgesetzes (6. SGGÄndG) vom 17.08.2001 (BGBl I S 2144) eingefügten § 86a SGG haben Widerspruch und Anfechtungsklage zwar grundsätzlich aufschiebende Wirkung. Nach § 86a Abs 2 Nr 1 SGG entfällt jedoch - wie vorliegend - die aufschiebende Wirkung bei der Entscheidung über Versicherungs-, Beitrags- und Umlagepflichten sowie der Anforderung von Beiträgen, Umlagen und sonstigen öffentlichen Abgaben einschließlich der darauf entfallenden Nebenkosten.

Nach § 86b Abs 1 Nr 2 SGG kann das Gericht der Hauptsache aber auf Antrag die aufschiebende Wirkung ganz oder teilweise anordnen. Die Frage, ob die aufschiebende Wirkung von Widerspruch und Klage aufgrund von § 86b Abs 1 Nr 2 SGG anzuordnen ist, ist anhand einer Interessenabwägung zu beurteilen. Die öffentlichen Interessen am sofortigen Vollzug des Verwaltungsaktes und die privaten Interessen an der Aussetzung der Vollziehung sind gegeneinander abzuwägen. Dabei ist zu beachten, dass das Gesetz mit dem Ausschluss der aufschiebenden Wirkung dem öffentlichen Interesse an einer sofortigen Vollziehung des angefochtenen Bescheides Vorrang vor dem Interesse des Betroffenen an einem Aufschub der Vollziehung einräumt. Diese typisierend zu Lasten des Einzelnen ausgestaltete Interessenabwägung kann aber auch im Einzelfall zugunsten des Betroffenen ausfallen. Die konkreten gegeneinander abzuwägenden Interessen ergeben sich in der Regel aus den konkreten Erfolgsaussichten des Hauptsacheverfahrens, dem konkreten Vollziehungsinteresse und der für die Dauer einer möglichen aufschiebenden Wirkung drohenden Rechtsbeeinträchtigung (so auch Beschluss des Senats vom 06.05.2010, L 11 R 1806/10 ER-B). Dabei sind auch stets die Maßstäbe des § 86a Abs 3 Satz 2 SGG zu berücksichtigen. Demgemäß hat eine Aussetzung der Vollziehung zu 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.

Der Senat geht in ständiger Rechtsprechung davon aus, dass bei Beitragsstreitigkeiten ernstliche Zweifel in Sinne des § 86a Abs 3 Satz 2 SGG nur dann vorliegen, wenn ein Obsiegen des Antragstellers in der Hauptsache wahrscheinlicher ist als ein Unterliegen (Senatsbeschluss vom 28.06.2010, L 11 R 1903/10 ER-B). Andernfalls wäre in Beitragsangelegenheiten angesichts der vielfach in vorläufigen Rechtsschutzverfahren noch ungeklärten Verhältnisse eine Aussetzung der Vollziehung häufig durchsetzbar, was die Funktionsfähigkeit der Sozialversicherungsträger beeinträchtigen könnte (ebenso Landessozialgericht (LSG) Nordrhein-Westfalen 01.07.2004, L 5 B 2/04 KR ER mwN, juris). Insoweit müssen erhebliche Gründe für ein Obsiegen in der Hauptsache sprechen, damit die in § 86a Abs 2 Nr 1 SGG vorgenommene gesetzliche Risikoverteilung geändert werden kann.

Rechtsgrundlage für den streitgegenständlichen Bescheid ist § 28p SGB IV. Nach Abs 1 dieser Vorschrift prüfen die Träger der

Rentenversicherung bei den Arbeitgebern, ob diese ihre Meldepflichten und ihre sonstigen Pflichten nach dem SGB IV, die im Zusammenhang mit dem Gesamtsozialversicherungsbeitrag stehen, ordnungsgemäß erfüllen; sie prüfen insbesondere die Richtigkeit der Beitragszahlungen und der Meldungen mindestens alle vier Jahre. Die Prüfung soll in kürzeren Zeitabständen erfolgen, wenn der Arbeitgeber dies verlangt. Die Einzugsstelle unterrichtet den für den Arbeitgeber zuständigen Träger der Rentenversicherung, wenn sie eine alsbaldige Prüfung bei dem Arbeitgeber für erforderlich hält. Die Prüfung umfasst auch die Lohnunterlagen der Beschäftigten, für die Beiträge nicht gezahlt wurden. Die Träger der Rentenversicherung erlassen im Rahmen der Prüfung Verwaltungsakte zur Versicherungspflicht und Beitragshöhe in der Kranken-, Pflege- und Rentenversicherung sowie nach dem Recht der Arbeitsförderung einschließlich der Widerspruchsbescheide gegenüber den Arbeitgebern; insoweit gelten § 28h Abs 2 SGB IV sowie § 93 in Verbindung mit § 89 Abs 5 des Zehnten Buches Sozialgesetzbuch (SGB X) nicht.

Personen, die gegen Arbeitsentgelt beschäftigt sind, unterliegen in der Kranken-, Pflege-, Renten- und Arbeitslosenversicherung der Versicherungs- bzw Beitragspflicht (§ 5 Abs 1 Nr 1 Fünftes Buch Sozialgesetzbuch, § 20 Abs 1 Satz 2 Nr 1 Elftes Buch Sozialgesetzbuch, § 1 Satz 1 Nr 1 Sechstes Buch Sozialgesetzbuch, § 25 Abs 1 Drittes Buch Sozialgesetzbuch). Beurteilungsmaßstab für das Vorliegen einer abhängigen Beschäftigung ist § 7 Abs 1 Satz 1 SGB IV. Danach ist Beschäftigung die nichtselbständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis.

Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundessozialgerichts (BSG 24.01.2007, B 12 KR 31/06 R, SozR 4 - 2400 § 7 Nr 7, BSG 04.07.2007, B 11a AL 5/06 R, SozR 4-2400 § 7 Nr 8) 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 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 selbständig tätig ist, hängt davon ab, welche Merkmale überwiegen (zur Verfassungsmäßigkeit der Abgrenzung zwischen abhängiger Beschäftigung und selbständiger Tätigkeit BVerfG SozR 3 - 2400 § 7 Nr 11). Maßgebend ist stets das Gesamtbild der Arbeitsleistung (vgl BSG 24.01.2007, B 12 KR 31/06 R, SozR 4-2400 § 7 Nr 7).

Die Tätigkeit als Lkw-Fahrer kann sowohl im Rahmen eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses (vgl allg hierzu BSG 19.08.2003, B 2 U 38/02R, SozR 4-2700 § 2 Nr 1; 22.06.2005, B 12 KR 28/03 R, SozR 4-2400 § 7 Nr 5; LSG Baden-Württemberg 23.01.2004, L 4 KR 3083/02, juris; LSG Baden-Württemberg 16.01.2004, L 4 KR 763/04; LSG Baden-Württemberg 05.04.2006, L 5 KR 5313/04; Senatsurteil 06.11.2007, L 11 KR 2407/04) als auch im Rahmen eines freien Dienstverhältnisses als selbstständige Tätigkeit (vgl zu Fahrertätigkeiten BSG 27.11.1980, 8a RU 26/80, SozSich 1981, 220; LSG Nordrhein-Westfalen 13.09.2007, L 5 R 5/06, juris; Bayerisches LSG 17.11.2006, L 5 KR 293/05, juris; zu Flugzeugführern BSG 28.05.2008, B 12 KR 13/07 R, SGb 2008, 401) ausgeübt werden. Für die Statusabgrenzung ist sowohl nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (BAG) als auch nach der Rechtsprechung des BSG nicht entscheidend, an wie vielen verschiedenen Vorhaben der Betreffende teilgenommen hat und ob er auch für andere Auftraggeber tätig ist bzw war (BAG 09.10.2002, 5 AZR 405/01, juris RdNr 23). Erforderlich ist selbst im Rahmen eines Dauerrechtsverhältnisses stets eine Bewertung der einzelnen Arbeitseinsätze (BSG 28.05.2008, B 12 KR 13/07 R, juris RdNr 26). Abzustellen ist daher nur auf die Tätigkeit der og Fahrer für die Antragstellerin im hier streitigen Zeitraum.

Unter Beachtung dieser Vorschriften und Grundsätze bestehen keine ernstlichen Zweifel an der Rechtmäßigkeit des angegriffenen Verwaltungsakts. Bei der versicherungsrechtlichen Beurteilung von Fahrertätigkeiten kommt es entscheidend darauf an, ob der Fahrer ein eigenes Fahrzeug für die Transporte einsetzt. Nach der Rechtsprechung des BSG kann die Benutzung eines eigenen Lkw und die damit einhergehende Lastentragung in Verbindung mit anderen Gesichtspunkten für eine selbstständige Tätigkeit sprechen (BSG 22.06.2005, B 12 KR 28/03 R, SozR 4-2400 § 7 Nr 5 mwN; 19.08.2003, B 2 U 38/02 R, SozR 4-2700 § 2 Nr 1). Wird dagegen - wie hier - kein eigenes Transportmittel benutzt, spricht dies entscheidend für eine Eingliederung in den Betrieb des Auftraggebers. In einem solchen Fall hat der Fahrer weder rechtlich noch tatsächlich die Möglichkeit, Fahrten auf eigene Rechnung für andere Kunden durchzuführen. Den Fahrern G. F., A. N., U. L., J. H., M. K., E. Fr. und Ur. Ku. fehlte in rechtlicher Hinsicht auch die für den gewerbsmäßigen Güterkraftverkehr erforderliche Erlaubnis (§ 3 Güterkraftverkehrsgesetz) und - insoweit auch in tatsächlicher Hinsicht - die Verfügungsgewalt über das Transportmittel. Lkw-Fahrer ohne eigenen Lkw sind deshalb regelmäßig abhängig beschäftigt (BayLSG 09.05.2012, L 5 R 23/12; Schleswig-Holsteinisches LSG 19.06.2009, L 3 AL 24/08, HessLSG 24.02.2009, L 1 KR 249/08; LSG Baden-Württemberg 21.11.2008, L 4 KR 4098/06, alle veröffentlicht in juris).

Vorliegend fuhren alle Fahrer mit Fahrzeugen der Antragstellerin. Sie übten nach übereinstimmenden Angaben im Ermittlungsverfahren die gleiche Tätigkeit aus, wie die weiteren, fest angestellte Fahrer der Antragstellerin. Dabei haben bei der Befragung durch das Hauptzollamt alle acht Fahrer angegeben, in die Betriebsabläufe eingebunden und weisungsabhängig gewesen zu sein, wenn auch einzelne Aufträge abgelehnt werden konnten. Die Möglichkeit, Aufträge anzunehmen oder abzulehnen, kann grundsätzlich zwar als Indiz für das Vorliegen einer selbstständigen Tätigkeit angesehen werden kann, weil der Betroffene damit den Umfang seiner Tätigkeit in gewisser Weise selbst bestimmt. Doch sind auch im Rahmen abhängiger Beschäftigungsverhältnisse Vertragsgestaltungen nicht unüblich, die es weitgehend dem Arbeitnehmer überlassen, ob er im Anforderungsfall tätig werden will oder ob er ein konkretes Angebot im Einzelfall ablehnt. Denn auch in solchen Fällen, in denen auf Abruf oder in Vertretungssituationen beispielsweise wegen Erkrankung ständiger Mitarbeiter lediglich im Bedarfsfall auf bestimmte Kräfte zurückgegriffen wird, kann dem Arbeitnehmer die Möglichkeit eingeräumt sein, ein konkretes Arbeitsangebot abzulehnen (vgl LSG Baden-Württemberg 24.02.2006, L 4 KR 763/04; LSG Baden-Württemberg 21.11.2008, L 4 KR 4098/06, juris). Nimmt der Betroffene das angetragene Angebot jedoch an, übt er die Tätigkeit in persönlicher Abhängigkeit in einem fremden Betrieb und damit im Rahmen einer abhängigen Beschäftigung aus und wird nicht allein wegen der grundsätzlich bestehenden Ablehnungsmöglichkeit zum selbstständig Tätigen (Senatsurteil vom 17.01.2012, L 11 R 1138/10, juris). Da die Fahrer zudem keinen Einfluss darauf hatten, ob und welche Aufträge ihnen angeboten wurden, waren sie insoweit in Bezug auf die Gestaltung und den Umfang ihrer Tätigkeit von der Antragstellerin abhängig. Abgerechnet wurde aufgrund mündlicher Vereinbarung nach Stundenlohn. Zwar hatten einige Fahrer ein Gewerbe angemeldet; dies allein ist jedoch nicht aussagekräftig, da eine Überprüfung durch das Gewerbeaufsichtsamt hinsichtlich des Vorliegens einer Beschäftigung nicht stattfindet. Soweit die Fahrer jeweils Rechnungen mit ausgewiesener Mehrwertsteuer gestellt und sich auch steuerrechtlich dementsprechend als Gewerbebetrieb aufgeführt haben, kann dies nicht als wesentliches Indiz für eine selbstständige Tätigkeit gelten, denn dies gibt nur Aufschluss darüber, wie die Fahrer selbst ihre Tätigkeit selbst bewertet haben. Darauf kommt es aber nicht an.

Ein echtes unternehmerisches Risiko bestand nicht. Maßgebliches Kriterium für ein solches Risiko eines Selbstständigen ist, ob eigenes Kapital oder die eigene Arbeitskraft auch mit der Gefahr eines Verlustes eingesetzt wird, der Erfolg des Einsatzes der Mittel also ungewiss ist (BSG 28.05.2008, B 12 KR 13/07 R, juris). Die Fahrer erhielten für die geleisteten Arbeitsstunden einen festen Stundenlohn. Allein das Risiko, nicht durchgehend arbeiten zu können mangels Aufträgen, trifft jeden Arbeitnehmer, der nur Zeitverträge bekommt oder auf Abruf arbeitet und nach Stunden bezahlt wird oder unständig Beschäftigter ist (Senatsbeschluss vom 19.11.2012, L 11 R 3751/12 ER-B). Zum echten Unternehmerrisiko wird dieses erst, wenn bei Arbeitsmangel nicht nur kein Einkommen erzielt wird, sondern auch Kosten für betriebliche Investitionen oder Arbeitnehmer anfallen oder früher getätigte Investitionen brach liegen (LSG Baden-Württemberg 02.09.2011, L 4 R 1036/10, juris). Die Belastung mit Risiken gerade im Zusammenhang mit der - hier im Vordergrund stehenden - Verwertung der Arbeitskraft spricht nur dann für Selbstständigkeit, wenn ihr auch eine größere Freiheit bei der Gestaltung und der Bestimmung des Umfangs des Einsatzes der eigenen Arbeitskraft gegenüber steht (vgl BSG SozR 2200 § 1227 Nr 17; BSG SozR 3-2400 § 7 Nr 13 mwN). Dies war hier aber nicht der Fall. Eigenes Kapital haben die genannten Fahrer nicht eingesetzt, keiner gab an, über eine eigene Betriebsstätte zu verfügen.

Darüber hinaus waren die Fahrer G. F., A. N., U. L., J. H. und M. K. bereits zuvor bei der Antragstellerin abhängig beschäftigt gewesen, bevor sie im hier streitigen Zeitraum ihre Tätigkeit in gleicher Weise wie zuvor auf selbstständiger Basis ausübten. Gu. F., A. N. und M. K. wurden in der Folgezeit auch wieder als Arbeitnehmer von der Antragstellerin eingestellt. Bei den genannten fünf Fahrern bestehen überhaupt keine Zweifel daran, dass es sich tatsächlich nur um eine Fortführung der abhängigen Beschäftigungsverhältnisse gehandelt hat. Es gibt keine Anhaltspunkte, die durchschlagend für eine selbstständige Tätigkeit sprechen würden.

Auch bei den weiteren Fahrern E. Fr., Gu. Ra. und Ur. Ku. ist eine andere Beurteilung nicht geboten, auch wenn sie nicht zuvor bereits für die Antragstellerin als abhängig Beschäftigte tätig waren. Gu. Ra., bei der Antragstellerin von April 2007 bis Dezember 2008 tätig, hatte zwar ab 1999 einen eigenen Betrieb (Erdbau und Abbruchtechnik) und in diesem Rahmen bis 2006 neun Angestellte. Aufgrund der wirtschaftlichen Lage war er jedoch gezwungen, seinen Betrieb zu verkleinern und dabei auch seinen Bagger und Lkw zu verkaufen. Im April 2007 verfügte er nach seinen Angaben gegenüber dem Hauptzollamt nicht mehr über eine eigene Betriebsstätte und nutzte ab diesem Zeitpunkt auch seine Lizenz für den grenzüberschreitenden gewerblichen Güterkraftverkehr nicht mehr. Seine früher unzweifelhaft ausgeübte selbstständige Tätigkeit hat keinen Bezug zu der für die Antragstellerin ausgeübten Tätigkeit. Es gibt daher keinen Grund, seine Tätigkeit anders zu bewerten als die der anderen Fahrer. Seit April 2009 ist Gu. Ra. in einer anderen Firma abhängig beschäftigt und hat sein Gewerbe endgültig aufgegeben. E. Fr., bei der Antragstellerin von August 2005 bis Dezember 2006 tätig, hatte zwar ein Gewerbe angemeldet und war im fraglichen Zeitraum auch für andere Auftraggeber tätig, dies allein ist jedoch kein entscheidendes Kriterium für Selbstständigkeit, denn auch ein abhängig Beschäftigter kann für mehrere Auftraggeber (abhängig) beschäftigt sein (Senatsurteil vom 17.01.2012, L 11 R 1138/10, juris). Hinsichtlich der sonstigen Umstände - fehlende Betriebsmittel, fehlendes Unternehmerrisiko und Weisungsgebundenheit - unterscheidet sich E. Fr. nicht von den anderen Fahrern. Bei Ur. Ku. liegen keine Anhaltspunkte vor, die für eine selbstständige Tätigkeit sprechen würden. Sie hat parallel zu der Tätigkeit für die Antragstellerin (April 2007 bis Januar 2008) keine anderen Aufträge gehabt und hat angegeben, ihr wäre eine Anstellung mit Meldung zur Sozialversicherung lieber gewesen.

Damit hat die Antragsgegnerin zu Recht Sozialversicherungsbeiträge für die genannten Fahrer festgesetzt. Gegen die Höhe der Beitragsforderung sind Bedenken nicht ersichtlich, hierzu hat die Antragstellerin im Beschwerdeverfahren auch nichts mehr vorgetragen.

Schließlich hat die Antragsgegnerin auch zu Recht Säumniszuschläge nach § 24 SGB IV - soweit hier streitig bezüglich der Fahrer G. F., A. N., U. L., J. H. und M. K. - erhoben. Die Erhebung von Säumniszuschlägen scheidet nicht wegen § 24 Abs 2 SGB IV aus. Danach ist ein auf eine durch Bescheid mit Wirkung für die Vergangenheit festgestellte Beitragsforderung entfallender Säumniszuschlag nicht zu erheben, soweit der Beitragsschuldner glaubhaft macht, dass er unverschuldet keine Kenntnis von der Zahlungspflicht hatte. Für die Frage, ob unverschuldet keine Kenntnis von der Zahlungspflicht vorgelegen hat, ist nach der Rspr des 12. Senats des BSG (26.01.2005, B 12 KR 3/04/04 R, SozR 4-2400 § 14 Nr 7 = juris RdNr 36) in Ermangelung anderer Maßstäbe auf diejenigen zurückzugreifen, die das BSG für die Beurteilung des Vorsatzes iS des § 25 Abs 1 Satz 2 SGB IV entwickelt hat (vgl BSG, 30.03.2000, B 12 KR 14/99 R, SozR 3-2400 § 25 Nr 7 S 35 f).

Im vorliegenden Fall ist bedingter Vorsatz anzunehmen. Aufgrund der konkreten Umstände des Einzelfalles geht der Senat davon aus, dass die Antragstellerin die Beitragspflicht für möglich gehalten, die Nichtabführung der Beiträge aber billigend in Kauf genommen hat. Für die Fahrer G. F., A. N., U. L., J. H. und M. K. folgt dies aus dem Umstand, dass sie bereits zuvor bei der Antragstellerin abhängig beschäftigt gewesen sind, bevor sie im hier streitigen Zeitraum ihre Tätigkeit in gleicher Weise wie zuvor auf angeblich selbstständiger Basis ausübten. In einem solchen Fall drängt sich das Bestehen einer Beitragspflicht förmlich auf. Für die Fahrer E. Fr., Gu. Ra. und Ur. Ku. musste die Antragstellerin eine Beitragspflicht ebenfalls für möglich halten, weil diese im Wesentlichen die gleichen Arbeiten verrichteten wie die zuvor genannten Fahrer. Hinzukommt, dass den Fahrern G. F., A. N., U. L., J. H., M. K., E. Fr. und Ur. Ku. in rechtlicher Hinsicht auch die für den gewerbsmäßigen Güterkraftverkehr erforderliche Erlaubnis (§ 3 Güterkraftverkehrsgesetz) fehlte. Damit steht zugleich fest, dass die Antragsgegnerin berechtigt war, von einem illegalen Arbeitsverhältnis iSd § 14 Abs 2 Satz 2 SGB IV auszugehen (vgl hierzu BSG 09.11.2011, B 12 R 18/09 R, BSGE 109, 254).

Nach Auffassung des 13. Senats des BSG steht der unverschuldeten Unkenntnis von der Zahlungspflicht sowohl fahrlässiges wie auch vorsätzliches Verhalten iS von § 276 Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) entgegen. Ein Rechtsirrtum kann hier nicht angenommen werden. An den Entlastungsbeweis sind bei Rechtsirrtümern strenge Anforderungen zu stellen. Der Schuldner hat sich sorgfältig über die Rechtslage zu informieren und ggf kundigen Rat einzuholen und im Zweifel eine Einzugsstelle einzuschalten (vgl Segebrecht in jurisPK-SGB IV, § 24 RdNr 34). Der Antragstellerin hätte sich bei der hier vorliegenden Gestaltung der Weiterbeschäftigung der zuvor abhängig beschäftigten Mitarbeiter als Selbstständige ohne irgendwelche Änderungen bei der tatsächlichen Ausführung der Arbeit die Notwendigkeit zumindest einer weiteren Abklärung aufdrängen müssen (Urteil des Senats vom 16.10.2012, L 11 KR 19/11). Berechnungsfehler sind bei der Festsetzung der Säumniszuschläge nicht erkennbar und werden von der Antragstellerin auch nicht geltend gemacht.

Bereits nach summarischer Prüfung überwiegen die Indizien für abhängige Beschäftigungsverhältnisse zwischen der Antragstellerin und den im Bescheid vom 25.05.2012 genannten Fahrern derart eindeutig, dass für die Anordnung der aufschiebenden Wirkung kein Raum ist. Ungeachtet dessen bleibt die eingehende Würdigung sämtlicher Umstände des Falles dem Hauptsacheverfahren vorbehalten.

Soweit die Antragstellerin eine unbillige Härte geltend macht, ist ihr nicht zu folgen. Allein die mit der Zahlung auf eine Beitragsforderung für sie verbundenen wirtschaftlichen Konsequenzen führen nicht zu einer solchen Härte, da sie lediglich Ausfluss der Erfüllung gesetzlich

auferlegter Pflichten sind. Aus demselben Grund begründet auch die Höhe einer Beitragsforderung allein und keine unbillige Härte. Darüber hinausgehende, nicht oder nur schwer wieder gutzumachende Nachteile durch eine Zahlung hat die Antragstellerin nicht substantiiert dargelegt. Diese müssten im Weiteren auch noch das Interesse der Antragsgegnerin an der aktuellen Einziehung der Forderung überwiegen. Das Interesse der Antragsgegnerin an einer zeitnahen Durchsetzbarkeit der Beitragsforderung iSd Sicherstellung der Funktionsfähigkeit der Sozialversicherung wird aber gerade dann hoch sein, wenn die Antragstellerin behauptet, dass Zahlungsunfähigkeit drohe. Eine beachtliche Härte in diesem Sinne ist also regelmäßig nur dann denkbar, wenn es dem Beitragsschuldner gelänge, darzustellen, dass das Beitreiben der Forderung aktuell die Zerstörung seiner Lebensgrundlage zur Folge hätte, die Durchsetzbarkeit der Forderung bei einem Abwarten der Hauptsache aber zumindest nicht weiter gefährdet wäre als zur Zeit (LSG Nordrhein-Westfalen 06.12.2011- L 8 R 701/11 B ER, juris). Derartiges ist hier nicht ersichtlich.

Die Beschwerde hat nach alledem keinen Erfolg. Soweit der Senat den Tenor des Beschlusses des SG abgeändert hat, beruht dies allein auf einer Klarstellung des vollstreckungsfähigen Inhalts der Entscheidung, eine Änderung in der Sache ist damit nicht verbunden.

Die Kostenentscheidung beruht auf einer entsprechenden Anwendung des § 197a Abs 1 SGG iVm § 154 Abs 1 Verwaltungsgerichtsordnung.

Der Streitwert des Beschwerdeverfahrens wird nach § 197a SGG iVm §§ 63 Abs 1, 52 Abs 1 und 2 Gerichtskostengesetz (GKG) auf die Hälfte der streitigen Beitragsnachforderung und der Säumniszuschläge festgesetzt. Dabei sind im Beschwerdeverfahren von der in erster Instanz insgesamt streitigen Summe von 337,761,43 EUR die Säumniszuschläge für die Beiträge für E. Fr. (13.587,00 EUR), Gu. Ra. (12.987,00 EUR) und Ur. Ku. (9.543,00 EUR) abzuziehen, so dass die Festsetzung in Höhe von ½ aus 298.377,43 EUR, mithin 149.188,71 EUR erfolgt. Gleichzeitig wird die Streitwertfestsetzung erster Instanz (bisher: 84.440,36 EUR EUR) von Amts wegen geändert (§ 63 Abs 3 GKG).

Dieser Beschluss ist unanfechtbar (§ 177 SGG).
Rechtskraft
Aus
Login
BWB
Saved
2012-12-27