

S 23 R 19/08 ER

Land

Nordrhein-Westfalen

Sozialgericht

SG Aachen (NRW)

Sachgebiet

Rentenversicherung

Abteilung

23

1. Instanz

SG Aachen (NRW)

Aktenzeichen

S 23 R 19/08 ER

Datum

27.03.2008

2. Instanz

LSG Nordrhein-Westfalen

Aktenzeichen

L 16 B 7/08 R ER

Datum

06.11.2008

3. Instanz

Bundessozialgericht

Aktenzeichen

-

Datum

-

Kategorie

Urteil

Der Antrag auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung des Widerspruchs gegen den Bescheid vom 28.11.2007 wird abgelehnt. Die Antragstellerin trägt die Kosten des Verfahrens.

Gründe:

I. Der Antrag auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung des Widerspruchs gegen den Bescheid vom 28.11.2007 wird abgelehnt.

Die Antragstellerin trägt die Kosten des Verfahrens.

Gründe: I.

Die Beteiligten streiten über die Vollziehbarkeit einer Beitragsnachforderung.

Die Antragstellerin ist auf dem Gebiet des Akustik- und Trockenbaus tätig. Betriebsinhaberin des zum 28.09.2001 angemeldeten Gewerbes ist Frau B. E., deren Ehemann als technischer Leiter für die Antragstellerin tätig ist. Zur Durchführung der akquirierten Aufträge vergab die Antragstellerin im Zeitraum 01.08.2005 bis 30.11.2006 einzelne Arbeiten im Rahmen von Nachunternehmerverträgen an insgesamt acht Gewerbetreibende.

Auf Grund des Ergebnisses der Prüfung der Geschäftsunterlagen zweier Gewerbetreibender, welche als Subunternehmer der Antragstellerin auftraten, leitete das Hauptzollamt Aachen – Finanzkontrolle Schwarzarbeit - gegen die Antragstellerin wegen des Verdachts einer Strafbarkeit wegen Vorenthaltens von Beiträgen zur Sozialversicherung ein Ermittlungsverfahren ein. Übersichten über die anlässlich einer Durchsuchung sichergestellten Unterlagen sowie Aktenvermerke und Ablichtungen verschiedener sichergestellter Unterlagen, so etwa Rechnungen, Nachunternehmerverträge und Gewerbeanmeldungen von insgesamt acht für die Antragstellerin tätig gewordenen Gewerbetreibenden, übersandte das Hauptzollamt mit Schreiben vom 16.01.2007 an die Antragsgegnerin. Diese führte sodann eine Betriebsprüfung betreffend den Zeitraum 01.08.2005 bis 30.11.2006 durch. Unter dem 17.08.2007 teilte die Antragsgegnerin der Antragstellerin mit, dass sie auf Grund der Betriebsprüfung beabsichtige, eine Beitragsnachforderung in Höhe von 68.432,98 EUR festzustellen. Hierzu äußerte sich die Antragstellerin mit Schreiben vom 24.08.2007 und beantragte zugleich Akteneinsicht. Mit Schreiben vom 26.09.2007 teilte die Antragsgegnerin diesbezüglich mit, dass die Ermittlungsergebnisse des Hauptzollamtes ausgewertet worden seien. Die vollständigen Akten lägen jedoch nicht vor, so dass die Antragstellerin darum gebeten werde, die begehrte Akteneinsicht dort zu beantragen. Unter dem 08.10.2007 beantragte die Antragstellerin erneut Akteneinsicht. Hierauf wurde ihr mit Schreiben vom 25.10.2007 die Verwaltungsakte (66 Blatt) in Kopie übersandt. Im Übrigen wies die Antragsgegnerin darauf hin, dass weitere Unterlagen beim Hauptzollamt Aachen bzw. beim Finanzamt Aachen/ Kreis Aachen unter den näher bezeichneten Aktenzeichen angefordert werden könnten.

Mit Bescheid vom 28.11.2007 stellte die Antragsgegnerin sodann eine Beitragsnachforderung in Höhe von 68.432,98 EUR einschließlich Säumniszuschlägen in Höhe von 6.646,50 EUR fest. Dabei ging sie von einer Versicherungs- und Beitragspflicht von acht Beschäftigten in der deutschen Sozialversicherung aus. Zur Begründung führte sie aus, zwar spreche die vertragliche Ausgestaltung der Rechtsbeziehungen sowie die fehlende Vereinbarung fester Arbeitszeiten für eine selbständige Tätigkeit der Gewerbetreibenden. Wegen der äußeren Rahmenbedingungen der Bauausführung führe auch das Kriterium der Weisungsgebundenheit nicht zu tragfähigen Ergebnissen. Auf Grund der tatsächlichen Verhältnisse sei jedoch im Ergebnis eine abhängige Beschäftigung zu bejahen. So seien die Subunternehmer mit einem Firmenfahrzeug der Antragstellerin zur jeweiligen Baustelle verbracht worden. Vertragsanbahnung, Angebotskalkulation und Vertragsgestaltung, ebenso die Vorbereitung der Arbeiten seien durch die Antragstellerin erfolgt. Eigene Vertragsverhandlungen der

Gewerbetreibenden mit Ausnahme der Entscheidung über die diesen angebotenen Verträge seien nicht ersichtlich. Schließlich sei die Abrechnung pauschal erfolgt.

Hiergegen legte die Antragstellerin am 14.12.2007 Widerspruch ein und beantragte gleichzeitig die Aussetzung der Vollziehung des Bescheides vom 28.11.2007. Zur Begründung führte sie aus, rechtlich zweifelhaft sei bereits der Erlass des Bescheides vor Abgabe der im Anhörungsverfahren angekündigten Stellungnahme sowie die Verfahrensweise im Zusammenhang mit der beantragten Akteneinsicht. Der Bescheid gehe im Übrigen von falschen tatsächlichen Voraussetzungen aus. So würden grundsätzlich genau bezeichnete Aufträge im Akustik- und Trockenbau von größeren Firmen übernommen. Einzelne Gewerke würden sodann wiederum an selbständige Gewerbetreibende zu einem von dem jeweiligen Auftragnehmer bestimmten Festpreis weitergegeben. Gegenüber den Auftraggebern sei sie selbst verpflichtet gewesen, das Material zu stellen und es dementsprechend zu der jeweiligen Baustelle zu transportieren. Demgegenüber würden alle erforderlichen Werkzeuge durch die Subunternehmer gestellt. Diese könnten frei über ihre Zeit verfügen und hätten sich regelmäßig in Polen aufgehalten. Eine Kommunikation sei auf polnisch erfolgt, da diese kein oder kaum deutsch sprechen würden. Auch sei bei Bedarf in sonstigen Fällen Hilfestellung gegeben worden. Der Annahme einer abhängigen Beschäftigung stehe auch die Rechtsprechung des EuGH entgegen, nach der es ausschließlich darauf ankomme, ob die Tätigkeit in einem Unterordnungsverhältnis erbracht worden sei. Im Übrigen spreche gegen eine abhängige Beschäftigung bereits der Abschluss der Nachunternehmerverträge nach entsprechenden Vertragsverhandlungen. Soweit den Gewerbetreibenden Vorgaben gemacht worden seien, seien solche in der Baubranche üblich. Den Antrag auf Aussetzung der Vollziehung lehnte die Antragsgegnerin am 01.02.2008 ab, da die Voraussetzungen des [§ 86a Abs. 3 S. 2 Sozialgerichtsgesetz \(SGG\)](#) nicht vorlägen.

Am 07.02.2008 hat die Antragstellerin um einstweiligen sozialgerichtlichen Rechtsschutz nachgesucht. Zur Begründung führt sie ergänzend aus, rechtlich zweifelhaft sei bereits das von der Antragsgegnerin durchgeführte Verwaltungsverfahren, soweit diese einen großen Teil der Akten vorenthalten habe. Inhaltlich gehe es vorrangig um die Frage, ob sich die Einordnung als Selbständiger oder Arbeitnehmer eines Staatsangehörigen eines neuen Mitgliedsstaates der Europäischen Union (EU) nach nationalem oder europäischem Recht richte. Die für sie auf Grund entsprechender Nachunternehmerverträge tätigen polnischen Staatsangehörigen seien alle ordnungsgemäß mit einem Gewerbe in Deutschland angemeldet. Diese dürften nach europarechtlichen Regelungen ihre selbständige Tätigkeit ohne jede Einschränkung ausüben. Soweit die Antragsgegnerin auf einen Antrag auf Stundung verweise, setze dieser voraus, dass die geltend gemachte Forderung zu Recht bestehe und im Übrigen die Forderung vollziehbar sei. Von dem Antrag werde auch nicht die Rentenversicherungspflicht im Hinblick auf die Regelung des [§ 2 S. 1 Nr. 9 Sozialgesetzbuch - Sechstes Buch \(SGB VI\)](#) ausgenommen, da sie keinerlei Kenntnis habe, ob die beauftragten Nachunternehmer Arbeitnehmer beschäftigen würden oder für weitere Auftraggeber tätig seien. Zudem sei in diesem Zusammenhang zu prüfen, ob diese Regelung auf polnische Staatsangehörige wegen eines möglichen Verstoßes gegen das Diskriminierungsverbot Anwendung finde, da eine grenzüberschreitende Tätigkeit von vornherein auf "Ein-Mann-Unternehmen" beschränkt sei.

Die Antragstellerin beantragt,

die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs vom 14.12.2007 gegen den Bescheid vom 28.11.2007 anzuordnen.

Die Antragsgegnerin beantragt,

den Antrag abzulehnen.

Sie führt zur Begründung ergänzend aus, Zweifel an der Rechtmäßigkeit bestünden nicht. Auch eine unbillige Härte sei nicht gegeben. Nicht ausreichend sei insbesondere das Vorliegen einer wirtschaftlichen Härte. In diesem Zusammenhang sei zu berücksichtigen, dass die Möglichkeit einer Stundung der Beiträge bestehe, welche gerade eine Möglichkeit des Ausgleichs von Härtefällen darstelle. Die festgestellte Nachforderung entspreche dem Territorialitätsprinzip, insbesondere eine Diskriminierung der polnischen Staatsangehörigen sehe sie demgegenüber nicht.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf den Inhalt der Gerichtsakte sowie der beigezogenen Verwaltungsakte Bezug genommen.

II.

Der zulässige und nach [§ 86b Abs. 1 S. 1 Nr. 2 SGG](#) statthafte Antrag ist unbegründet.

Gemäß [§ 86b Abs. 1 S. 1 Nr. 2 SGG](#) kann das Gericht der Hauptsache auf Antrag in den Fällen, in denen Widerspruch oder Anfechtungsklage keine aufschiebende Wirkung haben, die aufschiebende Wirkung ganz oder teilweise anordnen.

Der Widerspruch gegen den angefochtenen Bescheid hat nach [§ 86a Abs. 2 Nr. 1 SGG](#) keine aufschiebende Wirkung. Abweichend vom Grundsatz des [§ 86a Abs. 1 SGG](#) entfällt 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. Mit dem angefochtenen Bescheid hat die Beklagte das Bestehen einer Versicherungs- und Beitragspflicht in der Sozialversicherung der acht Gewerbetreibenden festgestellt. Der Anwendbarkeit des [§ 86a Abs. 2 Nr. 1 SGG](#) steht auch die Regelung des [§ 7a Abs. 7 Sozialgesetzbuch - Viertes Buch \(SGB IV\)](#) nicht entgegen. Hiernach haben Widerspruch und Anfechtungsklage gegen Entscheidungen über das Bestehen einer Beschäftigung aufschiebende Wirkung. Zwar soll sich diese Regelung nach der Gesetzesbegründung nicht nur auf Statusentscheidungen der Deutschen Rentenversicherung Bund, sondern auch solche der übrigen Sozialversicherungsträger außerhalb des Antragsverfahrens nach [§ 7a SGB IV](#) beziehen (vgl. [BT-Drs. 14/1855, S. 8](#)). Aus diesem Grund wird daher auch die Anwendbarkeit des [§ 7a Abs. 7 S. 1 SGB IV](#) auf Entscheidungen der Rentenversicherungsträger im Rahmen einer Betriebsprüfung nach [§ 28p Abs. 1 S. 5 SGB IV](#), soweit diese eine Statusentscheidung enthalten, bejaht (vgl. LSG Hamburg, Beschluss vom 25.10.2000 - [L 3 B 80/00 ER](#) -; hess. LSG, Beschluss vom 12.01.2005 - [L 8/14 KR 110/04 ER](#) -; ausdrücklich offen gelassen durch LSG NRW, Beschluss vom 04.06.2007 - [L 5 B 1/07 R ER](#) -). Dem ist jedoch nicht zu folgen. Die Gesetzesbegründung widerspricht insoweit dem Wortlaut des [§ 7a SGB IV](#) (vgl. LSG NRW, Beschluss vom 04.06.2007, [a.a.O.](#); Pietrek, in: *JurisPK SGB IV*, 2006, Stand 10.03.2008, § 7a Rn. 131). Der

Anwendbarkeit auf Entscheidungen nach [§ 28p Abs. 1 S. 5 SGB IV](#) stehen auch systematische Erwägungen entgegen. So findet sich die Regelung in [§ 7a SGB IV](#), welcher Vorschriften über das sogenannte Anfrageverfahren enthält. Die Anwendbarkeit des [§ 7a Abs. 7 S. 1 SGB IV](#) würde weiter dazu führen, dass für die Anwendbarkeit des [§ 86a Abs. 2 Nr. 1 SGG](#) jedenfalls, soweit die Entscheidungen auch eine Entscheidung über die Versicherungspflicht enthalten, kein Raum bliebe (Pietrek, a.a.O.). Dabei ist zu berücksichtigen, dass auch die verfahrensrechtlichen Vorschriften des SGG seit Einführung des [§ 7a Abs. 7 SGB IV](#) eine Änderung erfahren haben. Anders als die ursprünglich geltende Vorschrift des [§ 86 SGG](#) a.F. in der bis zum 31.12.2001 geltenden Fassung enthält [§ 86a Abs. 2 Nr. 1 SGG](#) in der ab 01.01.2002 geltenden Fassung nunmehr die ausdrückliche Regelung, dass die aufschiebende Wirkung auch in Entscheidungen über die Versicherungspflicht entfällt. Zwar lässt sich der Gesetzesbegründung zu [§ 7a SGB IV](#) (a.a.O.) entnehmen, dass nach dem Sinn und Zweck des [§ 7a Abs. 7 SGB IV](#) zunächst von Statusentscheidungen keine Rechtswirkungen ausgehen sollen. Dabei kann jedoch nicht unberücksichtigt bleiben, dass das Verfahren nach [§ 7a SGB IV](#) grundsätzlich durch einen entsprechenden Antrag der Betroffenen eingeleitet wird und diese damit anders als im Fall einer Betriebsprüfung gerade eine Klärung herbeizuführen suchen.

Soweit dem Widerspruch damit eine aufschiebende Wirkung nicht zukommt, setzt die Anordnung der aufschiebenden Wirkung jedoch voraus, dass bei Abwägung der Interessen das Interesse der Antragstellerin an der Aussetzung der Vollziehung gegenüber dem öffentlichen Interesse an der sofortigen Vollziehung überwiegt (Keller, in: Meyer-Ladewig, SGG, 8. Aufl. 2005, § 86b Rn. 12 ff.). Im Rahmen der nach pflichtgemäßem Ermessen zu treffenden gerichtlichen Entscheidung ist dabei insbesondere zu berücksichtigen, dass das Gesetz von der Regel ausgeht, dass bei der Entscheidung über Beitragspflichten die aufschiebende Wirkung von Widerspruch und Klage entfällt ([§ 86a Abs. 2 Nr. 1 SGG](#)). Nur ausnahmsweise kann nach dem Rechtsgedanken der insoweit entsprechend anzuwendenden Vorschrift des [§ 86a Abs. 3 S. 2 SGG](#) die aufschiebende Wirkung anzuordnen sein, wenn ernstliche Zweifel an der Rechtmäßigkeit des angegriffenen Verwaltungsaktes bestehen oder wenn die Vollziehung eine unbillige, nicht durch überwiegende öffentliche Interessen gebotene Härte zur Folge hätte (LSG NRW, Beschluss vom 07.03.2005 - L 3 B 1/05 R ER -; Beschluss vom 13.10.2006 - L 16 B 1/06 R ER -). Dies ist bei der im Eilverfahren gebotenen summarischen Prüfung nicht der Fall.

Ernstliche Zweifel an der Rechtmäßigkeit des angefochtenen Bescheides bestehen nicht. Zu bejahen sind ernsthafte Zweifel an der Rechtmäßigkeit eines Verwaltungsaktes, wenn auf Grund summarischer Prüfung der Sach- und Rechtslage ein Erfolg des Rechtsbehelfs im Hauptsacheverfahren wahrscheinlicher ist als ein Misserfolg. Dies folgt aus der gesetzlichen Wertung des [§ 86a Abs. 2 SGG](#), wonach Beiträge zunächst zu erbringen sind. Hiervon ist nur in Ausnahmefällen abzuweichen, damit die Erfüllung der Aufgaben gesichert wird, denen die Beiträge zu dienen bestimmt sind. Das Risiko, im Ergebnis zu Unrecht in Vorleistung treten zu müssen, trifft nach der Wertung des Gesetzgebers damit den Zahlungspflichtigen (vgl. LSG NRW, Beschluss vom 13.10.2006, a.a.O., m.w.N.). Hiernach ist der Erfolg des Rechtsbehelfs in der Hauptsache nicht wahrscheinlicher als der Misserfolg, da die Erfolgsaussichten bei der gebotenen summarischen Prüfung als offen einzuordnen sind.

Eine überwiegende Wahrscheinlichkeit des Erfolgs in der Hauptsache ergibt sich zunächst nicht aus den von der Antragstellerin gerügten Verfahrensfehlern. Im Ergebnis kann dahingestellt bleiben, ob ein Verstoß gegen [§§ 24, 25 Sozialgesetzbuch - Zehntes Buch \(SGB X\)](#) vorliegt, da dieser jedenfalls den Erlass einer einstweiligen Anordnung nicht rechtfertigt.

Gemäß [§ 24 SGB X](#) muss einem Beteiligten Gelegenheit zur Stellungnahme zu den entscheidungserheblichen Tatsachen gegeben werden, bevor ein Verwaltungsakt erlassen wird, der in seine Rechte eingreift. Welche Tatsachen entscheidungserheblich sind, richtet sich nach Art und Inhalt des beabsichtigten Verwaltungsaktes. Danach sind entscheidungserheblich solche Tatsachen, auf welche die Behörde den Verfügungssatz zumindest auch gestützt hat oder auf die es nach der materiell-rechtlichen Sicht der Behörde ankommt (von Wulffen, in: von Wulffen, SGB X, 6. Aufl. 2008, § 24 Rn. 9 m.w.N.). Die Antragsgegnerin hat der Antragstellerin mit Schreiben vom 17.08.2007, welches einen vollständigen Entwurf des beabsichtigten Bescheides enthielt, Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben, und den angefochtenen Bescheid am 28.11.2007 erlassen. Auf eine tatsächlich abgegebene Stellungnahme kommt es grundsätzlich nicht an. Ob dies anders zu beurteilen ist, wenn wie im vorliegenden Fall zum Ausdruck gebracht worden ist, dass eine Stellungnahme erfolgen werde und die Antragsgegnerin den Bescheid ohne entsprechende Fristsetzung zur Stellungnahme erlassen hat, kann im Rahmen des hier anhängigen Eilverfahrens dahingestellt bleiben, da ein Verstoß gegen [§ 24 Abs. 1 SGB X](#) nicht den Erlass einer einstweiligen Regelung rechtfertigt. Zwar hat ein Verstoß gegen [§ 24 Abs. 1 SGB X](#) grundsätzlich die formelle Rechtswidrigkeit des angefochtenen Bescheides zur Folge, nach [§ 41 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 2 SGB X](#) kann die Anhörung jedoch bis zum Abschluss der letzten Tatsacheninstanz eines sozialgerichtlichen Verfahrens nachgeholt werden. Selbst offensichtliche Anhörungsfehler sind damit dem Grunde nach nicht geeignet, den Erlass einer einstweiligen Regelung herbeizuführen (LSG NRW, Beschluss vom 05.10.2007 - S 16 KA 68/07 ER -).

Soweit die Antragstellerin zudem einen Verfahrensfehler im Zusammenhang mit dem gesetzlich normierten Anspruch auf Akteneinsicht begründet, führt auch dies nicht zum Erfolg des Antrags. Zwar hat die Antragsgegnerin gemäß [§ 25 Abs. 1 Satz 1 SGB X](#) der Antragstellerin Einsicht in die das Verfahren betreffenden Akten zu gestatten, soweit deren Kenntnis zur Geltendmachung oder Verteidigung ihrer rechtlichen Interessen erforderlich ist. Dabei sind Verfahrensakten im Sinne des [§ 25 SGB X](#) alle Unterlagen, die den Gegenstand des Verwaltungsverfahrens betreffen, und zwar unabhängig davon, ob die Behörde sie zu den Verwaltungsakten im engeren Sinn nimmt. Erfasst wird die Gesamtheit der Schriftstücke, die die Behörde für das jeweilige konkrete Verfahren angefertigt oder beigezogen hat (von Wulffen, in: von Wulffen, SGB X, 6. Auflage 2008, § 25 Rdn 5). Der Rechtsanspruch auf Akteneinsicht steht jedoch unter dem Vorbehalt, dass die Akteneinsicht zur Geltendmachung oder Verteidigung der rechtlichen Interessen notwendig ist, die Einsichtnahme also dazu dient, eine tatsächliche Unsicherheit über ein Rechtsverhältnis zu klären, ein rechtlich relevantes Verhalten nach dem Ergebnis der Einsichtnahme zu regeln oder eine gesicherte Grundlage für die Verfolgung des Anspruches zu verlangen (von Wulffen, a.a.O., § 25 Rn. 4). In diesem Zusammenhang dürfte zu berücksichtigen sein, dass die Antragsgegnerin mit Schreiben vom 25.10.2007 nur eine 66 Blatt umfassende Verwaltungsakte in Ablichtung übersandt hat, die mit Schreiben des Hauptzollamtes vom 16.01.2007 übersandten Unterlagen waren demgegenüber nicht beigelegt. Ob eine Verletzung des [§ 25 SGB X](#) vorliegt, kann jedoch im Ergebnis dahingestellt bleiben. Ein Verstoß gegen [§ 25 SGB X](#) führt weder zur Nichtigkeit des angefochtenen Bescheides, noch hat dieser die selbständige Aufhebbarkeit des Verwaltungsaktes aus formellen Gründen zur Folge (vgl. Schütze, in: von Wulffen, SGB X, 6. Aufl. 2008, § 42 Rn. 3). Vielmehr ist ein Verfahrensfehler nach Maßgabe des [§ 42 S. 1 SGB X](#) unbeachtlich, wenn keine andere Entscheidung in der Sache hätte getroffen werden können. Diese Regelung findet mangels Anwendbarkeit des [§ 42 S. 2 SGB X](#) auch auf die Fälle des Verstoßes gegen [§ 25 SGB X](#) Anwendung (LSG NRW, Urteil vom 30.11.2005 - L 10 KA 29/05 -).

Ernstliche Zweifel an der Rechtmäßigkeit des angefochtenen Bescheides folgen auch nicht aus materiellem Recht. Insbesondere eine

überwiegende Wahrscheinlichkeit der Verneinung des Vorliegens einer Versicherungspflicht der für die Antragstellerin tätig werdenden Gewerbetreibenden und damit des Erfolgs in der Hauptsache ist abzulehnen, da die Erfolgsaussichten als offen einzuordnen sind.

Die Antragsgegnerin ist gemäß [§ 28p SGB IV](#) zur Betriebsprüfung und damit zu der Feststellung zuständig, ob die Gewerbetreibenden im streitgegenständlichen Zeitraum gegen Arbeitsentgelt bei der Antragstellerin beschäftigt und somit in allen Zweigen der Sozialversicherung versicherungspflichtig waren ([§ 2 Abs. 2 Nr. 1, § 7 Abs. 1 SGB IV](#)). Personen, die gegen Arbeitsentgelt beschäftigt sind, unterliegen in der Kranken-, der Pflege-, der Renten- und der Arbeitslosenversicherung der Versicherungspflicht ([§ 5 Abs. 1 Nr. 1 Sozialgesetzbuch - Fünftes Buch \(SGB V\), § 20 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 Sozialgesetzbuch - Elftes Buch \(SGB XI\), § 1 S. 1 Nr. 1 SGB VI, § 25 Abs. 1 S. 1 Sozialgesetzbuch - Drittes Buch \(SGB III\)](#)). Ob eine abhängige Beschäftigung vorliegt, richtet sich grundsätzlich nach der Vorschrift des [§ 7 Abs. 1 S. 1 SGB IV](#). Danach ist Beschäftigung die nichtselbständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis. Dies setzt grundsätzlich voraus, dass der Arbeitnehmer vom Arbeitgeber persönlich abhängig ist. Bei einer Beschäftigung in einem fremden Betrieb ist dies der Fall, wenn der Beschäftigte in den Betrieb eingegliedert ist und er dabei einem Zeit, Dauer, Ort und Art der Ausführung umfassenden Weisungsrecht des Arbeitgebers unterliegt. Demgegenüber ist eine selbständige Tätigkeit vornehmlich durch das eigene Unternehmerrisiko, das Vorhandensein einer eigenen Betriebsstätte, die Verfügungsmöglichkeit über die eigene Arbeitskraft und die im Wesentlichen frei gestaltete Tätigkeit und Arbeitszeit gekennzeichnet. Ob jemand abhängig beschäftigt oder selbständig tätig ist, hängt davon ab, welche Merkmale überwiegen. Maßgebend ist stets das Gesamtbild der Arbeitsleistung. Weichen die Vereinbarungen von den tatsächlichen Verhältnissen ab, geben letztere den Ausschlag (st. Rspr., vgl. BSG, Urteil vom 12.02.2004 - [B 12 KR 26/02 R](#) - m.w.N.).

Dem steht nicht entgegen, dass es sich bei den Gewerbetreibenden um polnische Staatsangehörige handelt, da nach [§ 3 SGB IV](#) die bundesdeutschen Vorschriften über die Versicherungspflicht Anwendung finden, da eine abhängige Beschäftigung oder selbständige Tätigkeit im Geltungsbereich des Sozialgesetzbuches ausgeübt worden ist (sog. Territorialitätsprinzip; vgl. hierzu: Seewald, in: Kasseler Kommentar zum Sozialversicherungsrecht, 56. Erg.-Lfg. 2007, [§ 3 SGB IV](#) Rn. 2 ff.). Nichts anderes folgt bei summarischer Prüfung aus übernationalem Recht. Insoweit bestimmt Art. 13 Abs. 2 a) und b) der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 des Rates über die Anwendung der Systeme der sozialen Sicherheit auf Arbeitnehmer und Selbständige sowie deren Familienangehörige, die innerhalb der Gemeinschaft zu- und abwandern (VO Nr. 1408/71), dass eine Person, die im Gebiet eines Mitgliedsstaates abhängig beschäftigt ist, den Rechtsvorschriften dieses Staates unterliegt und zwar auch dann, wenn sie im Gebiet eines anderen Mitgliedsstaates wohnt oder ihr Arbeitgeber oder das Unternehmen, das sie beschäftigt, seinen Wohnsitz oder Betriebssitz im Gebiet eines anderen Mitgliedsstaates hat. Auch eine Person, die im Gebiet eines Mitgliedsstaates eine selbständige Tätigkeit ausübt, unterliegt ungeachtet ihres Wohnsitzes den Vorschriften dieses Mitgliedsstaates (vgl. Seewald, a.a.O., Rn. 12). Soweit sich das Vorliegen einer abhängigen Beschäftigung damit maßgeblich nach nationalem Recht richtet, spricht gegen das Vorliegen einer abhängigen Beschäftigung zwar, dass die rechtlichen Beziehungen der Antragstellerin zu den Gewerbetreibenden als Subunternehmerverträge auf der Grundlage von Werkverträgen ausgestaltet sind. Wie bereits dargelegt, reicht jedoch allein die formale Ausgestaltung der Vertragsbeziehungen zur Abgrenzung der abhängigen Beschäftigung von der selbständigen Tätigkeit nicht aus, wenn die tatsächlichen Verhältnissen von der vertraglichen Ausgestaltung abweichen (BSG, Urteil vom 12.02.2004, [a.a.O.](#)). Dies ist hier der Fall. Zwar ergeben sich auch aus den tatsächlichen Verhältnissen Anhaltspunkte für das Vorliegen einer selbständigen Tätigkeit. Zu nennen ist hier etwa die von der Antragstellerin vorgetragene Möglichkeit der Subunternehmer, ihre Arbeitszeit sowie den Ablauf der Arbeitsausführung selbst zu bestimmen. Auch oblag es den Gewerbetreibenden darüber zu entscheiden, ob sie einen konkreten Auftrag annehmen oder ablehnen. Dies allein reicht jedoch nicht aus, um Zweifel an der Rechtmäßigkeit des angefochtenen Bescheides zu begründen. Vielmehr ist in der Gesamtwürdigung zu berücksichtigen, dass die Gewerbetreibenden ungeachtet der ihnen zukommenden Gestaltungsspielräume ein unternehmerisches Risiko nicht trugen. Hierfür spricht insbesondere, dass eine Abrechnung der zu erbringenden Arbeitsleistungen nach Festpreisen erfolgte, so dass der jeweilige Gewerbetreibende bereits bei Übernahme des Auftrags mit einer für ihn kalkulierbaren Vergütung rechnen konnte und damit ein eigener Kapitaleinsatz nicht erfolgte. Auch spricht einiges dafür, dass die Gewerbetreibenden nicht über eine eigene Betriebsstätte verfügten. Die in diesem Zusammenhang angegebene Geschäftsadresse, welche zugleich die Wohnanschrift der Gewerbetreibenden ist, lautet in allen Fällen gleich. Der entsprechende Mietvertrag lautet zwischenzeitlich auf die Betriebsinhaberin der Antragstellerin. Darüber hinaus deuten Anhaltspunkte darauf hin, dass die Gewerbetreibenden über eigene Betriebsmittel mit Ausnahme von Werkzeugen sowie andere Auftraggeber nicht verfügen. Zudem erscheinen alle Rechnungen optisch gleich. Auch Anhaltspunkte für eine unternehmerische Tätigkeit am Markt sind derzeit nicht ersichtlich, vielmehr scheinen die Gewerbetreibenden, die zudem über keine oder geringe Deutschkenntnisse verfügen, ausschließlich für die Antragstellerin tätig zu werden. Demgegenüber erfolgten Besprechungen mit der Bauleitungen und Architekten sowie Abholung und Transport der Baumaterialien durch die Antragstellerin. Auch eine Kontrolle und Aufsicht über die Ausführung der Arbeiten auf den Baustellen fand durch die Antragstellerin statt. Demgegenüber sollen weitere Vorgaben nur insoweit getätigt worden sein, wie diese an die Antragstellerin unmittelbar durch Bauherr oder Architekt herangetragen worden seien. Zwar sind im Verhältnisse eines Unternehmers zu einem von ihm beauftragten Subunternehmer bestimmte Vorgaben sowie die Ausübung von Kontroll- und Aufsichtsrechten denkbar, welche bereits aus der Stellung als Auftraggeber folgen, ohne dass dies bereits eine selbständige Tätigkeit des Subunternehmers ausschließt. Auch sind möglicherweise branchenbedingte Besonderheiten im Zusammenhang mit der Ausgestaltung des tatsächlichen Verhältnisses der Antragstellerin zu ihren Subunternehmern zu berücksichtigen. Ob auch unter Berücksichtigung dieser Aspekte und der vorzunehmenden Gesamtwürdigung das Vorliegen einer selbständigen Tätigkeit zu bejahen ist, bedarf jedoch der abschließenden Prüfung im Hauptsacheverfahren, wobei die Erfolgsaussichten wegen einer möglicherweise umfangreichen Beweisaufnahme offen sind.

Die Vollziehung des angefochtenen Bescheides stellt schließlich für die Antragstellerin auch keine unbillige, nicht durch überwiegende öffentliche Interessen gebotene Härte dar. Nicht ausreichend sind in diesem Zusammenhang grundsätzlich die mit der sofortigen Vollziehbarkeit des angefochtenen Bescheides und der Höhe der festgesetzten Beiträge verbundenen finanziellen Folgen. Vielmehr entspricht es der gesetzlichen Wertung des Gesetzgebers, dass im Regelfall das Interesse an der Vollziehung des Beitragsbescheides gegenüber dem Interesse des Beitragspflichtigen, vor der endgültigen Zahlung eine Beitragspflicht in einem gerichtlichen Verfahren überprüfen zu lassen, überwiegt. Da es sich lediglich um die Erfüllung der gesetzlichen Zahlungspflicht handelt, ist die Beibehaltung der gesetzlichen Regelung grundsätzlich verhältnismäßig (LSG NRW, Beschluss vom 13.10.2006, [a.a.O.](#)). Anhaltspunkte, die eine abweichende Beurteilung des Einzelfalles rechtfertigen, sind weder vorgetragen, noch ersichtlich. Insoweit ist ergänzend auf die Möglichkeit der Antragstellerin hinzuweisen, unter Vorlage geeigneter Unterlagen eine Ratenzahlung oder Stundung über die entsprechenden Einzugsstellen zu beantragen (vgl. LSG NRW, Beschluss vom 13.10.2006, [a.a.O.](#)).

Die Kostenentscheidung folgt aus den [§§ 197 a SGG](#) i. V. m. [§ 154 Abs. 1](#) Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO).

Die Beteiligten streiten über die Vollziehbarkeit einer Beitragsnachforderung.

Die Antragstellerin ist auf dem Gebiet des Akustik- und Trockenbaus tätig. Betriebsinhaberin des zum 28.09.2001 angemeldeten Gewerbes ist Frau B. E., deren Ehemann als technischer Leiter für die Antragstellerin tätig ist. Zur Durchführung der akquirierten Aufträge vergab die Antragstellerin im Zeitraum 01.08.2005 bis 30.11.2006 einzelne Arbeiten im Rahmen von Nachunternehmerverträgen an insgesamt acht Gewerbetreibende.

Auf Grund des Ergebnisses der Prüfung der Geschäftsunterlagen zweier Gewerbetreibender, welche als Subunternehmer der Antragstellerin auftraten, leitete das Hauptzollamt Aachen – Finanzkontrolle Schwarzarbeit - gegen die Antragstellerin wegen des Verdachts einer Strafbarkeit wegen Vorenthaltens von Beiträgen zur Sozialversicherung ein Ermittlungsverfahren ein. Übersichten über die anlässlich einer Durchsichtung sichergestellten Unterlagen sowie Aktenvermerke und Ablichtungen verschiedener sichergestellter Unterlagen, so etwa Rechnungen, Nachunternehmerverträge und Gewerbeanmeldungen von insgesamt acht für die Antragstellerin tätig gewordenen Gewerbetreibenden, übersandte das Hauptzollamt mit Schreiben vom 16.01.2007 an die Antragsgegnerin. Diese führte sodann eine Betriebsprüfung betreffend den Zeitraum 01.08.2005 bis 30.11.2006 durch. Unter dem 17.08.2007 teilte die Antragsgegnerin der Antragstellerin mit, dass sie auf Grund der Betriebsprüfung beabsichtige, eine Beitragsnachforderung in Höhe von 68.432,98 EUR festzustellen. Hierzu äußerte sich die Antragstellerin mit Schreiben vom 24.08.2007 und beantragte zugleich Akteneinsicht. Mit Schreiben vom 26.09.2007 teilte die Antragsgegnerin diesbezüglich mit, dass die Ermittlungsergebnisse des Hauptzollamtes ausgewertet worden seien. Die vollständigen Akten lägen jedoch nicht vor, so dass die Antragstellerin darum gebeten werde, die begehrte Akteneinsicht dort zu beantragen. Unter dem 08.10.2007 beantragte die Antragstellerin erneut Akteneinsicht. Hierauf wurde ihr mit Schreiben vom 25.10.2007 die Verwaltungsakte (66 Blatt) in Kopie übersandt. Im Übrigen wies die Antragsgegnerin darauf hin, dass weitere Unterlagen beim Hauptzollamt Aachen bzw. beim Finanzamt Aachen/ Kreis Aachen unter den näher bezeichneten Aktenzeichen angefordert werden könnten.

Mit Bescheid vom 28.11.2007 stellte die Antragsgegnerin sodann eine Beitragsnachforderung in Höhe von 68.432,98 EUR einschließlich Säumniszuschlägen in Höhe von 6.646,50 EUR fest. Dabei ging sie von einer Versicherungs- und Beitragspflicht von acht Beschäftigten in der deutschen Sozialversicherung aus. Zur Begründung führte sie aus, zwar spreche die vertragliche Ausgestaltung der Rechtsbeziehungen sowie die fehlende Vereinbarung fester Arbeitszeiten für eine selbständige Tätigkeit der Gewerbetreibenden. Wegen der äußeren Rahmenbedingungen der Bauausführung führe auch das Kriterium der Weisungsgebundenheit nicht zu tragfähigen Ergebnissen. Auf Grund der tatsächlichen Verhältnisse sei jedoch im Ergebnis eine abhängige Beschäftigung zu bejahen. So seien die Subunternehmer mit einem Firmenfahrzeug der Antragstellerin zur jeweiligen Baustelle verbracht worden. Vertragsanbahnung, Angebotskalkulation und Vertragsgestaltung, ebenso die Vorbereitung der Arbeiten seien durch die Antragstellerin erfolgt. Eigene Vertragsverhandlungen der Gewerbetreibenden mit Ausnahme der Entscheidung über die diesen angebotenen Verträge seien nicht ersichtlich. Schließlich sei die Abrechnung pauschal erfolgt.

Hiergegen legte die Antragstellerin am 14.12.2007 Widerspruch ein und beantragte gleichzeitig die Aussetzung der Vollziehung des Bescheides vom 28.11.2007. Zur Begründung führte sie aus, rechtlich zweifelhaft sei bereits der Erlass des Bescheides vor Abgabe der im Anhörungsverfahren angekündigten Stellungnahme sowie die Verfahrensweise im Zusammenhang mit der beantragten Akteneinsicht. Der Bescheid gehe im Übrigen von falschen tatsächlichen Voraussetzungen aus. So würden grundsätzlich genau bezeichnete Aufträge im Akustik- und Trockenbau von größeren Firmen übernommen. Einzelne Gewerke würden sodann wiederum an selbständige Gewerbetreibende zu einem von dem jeweiligen Auftragnehmer bestimmten Festpreis weitergegeben. Gegenüber den Auftraggebern sei sie selbst verpflichtet gewesen, das Material zu stellen und es dementsprechend zu der jeweiligen Baustelle zu transportieren. Demgegenüber würden alle erforderlichen Werkzeuge durch die Subunternehmer gestellt. Diese könnten frei über ihre Zeit verfügen und hätten sich regelmäßig in Polen aufgehalten. Eine Kommunikation sei auf polnisch erfolgt, da diese kein oder kaum deutsch sprechen würden. Auch sei bei Bedarf in sonstigen Fällen Hilfestellung gegeben worden. Der Annahme einer abhängigen Beschäftigung stehe auch die Rechtsprechung des EuGH entgegen, nach der es ausschließlich darauf ankomme, ob die Tätigkeit in einem Unterordnungsverhältnis erbracht worden sei. Im Übrigen spreche gegen eine abhängige Beschäftigung bereits der Abschluss der Nachunternehmerverträge nach entsprechenden Vertragsverhandlungen. Soweit den Gewerbetreibenden Vorgaben gemacht worden seien, seien solche in der Baubranche üblich. Den Antrag auf Aussetzung der Vollziehung lehnte die Antragsgegnerin am 01.02.2008 ab, da die Voraussetzungen des [§ 86a Abs. 3 S. 2](#) Sozialgerichtsgesetz (SGG) nicht vorlägen.

Am 07.02.2008 hat die Antragstellerin um einstweiligen sozialgerichtlichen Rechtsschutz nachgesucht. Zur Begründung führt sie ergänzend aus, rechtlich zweifelhaft sei bereits das von der Antragsgegnerin durchgeführte Verwaltungsverfahren, soweit diese einen großen Teil der Akten vorenthalten habe. Inhaltlich gehe es vorrangig um die Frage, ob sich die Einordnung als Selbständiger oder Arbeitnehmer eines Staatsangehörigen eines neuen Mitgliedsstaates der Europäischen Union (EU) nach nationalem oder europäischem Recht richte. Die für sie auf Grund entsprechender Nachunternehmerverträge tätigen polnischen Staatsangehörigen seien alle ordnungsgemäß mit einem Gewerbe in Deutschland angemeldet. Diese dürften nach europarechtlichen Regelungen ihre selbständige Tätigkeit ohne jede Einschränkung ausüben. Soweit die Antragsgegnerin auf einen Antrag auf Stundung verweise, setze dieser voraus, dass die geltend gemachte Forderung zu Recht bestehe und im Übrigen die Forderung vollziehbar sei. Von dem Antrag werde auch nicht die Rentenversicherungspflicht im Hinblick auf die Regelung des [§ 2 S. 1 Nr. 9](#) Sozialgesetzbuch - Sechstes Buch (SGB VI) ausgenommen, da sie keinerlei Kenntnis habe, ob die beauftragten Nachunternehmer Arbeitnehmer beschäftigen würden oder für weitere Auftraggeber tätig seien. Zudem sei in diesem Zusammenhang zu prüfen, ob diese Regelung auf polnische Staatsangehörige wegen eines möglichen Verstoßes gegen das Diskriminierungsverbot Anwendung finde, da eine grenzüberschreitende Tätigkeit von vornherein auf "Ein-Mann-Unternehmen" beschränkt sei.

Die Antragstellerin beantragt,

die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs vom 14.12.2007 gegen den Bescheid vom 28.11.2007 anzuordnen.

Die Antragsgegnerin beantragt,

den Antrag abzulehnen.

Sie führt zur Begründung ergänzend aus, Zweifel an der Rechtmäßigkeit bestünden nicht. Auch eine unbillige Härte sei nicht gegeben. Nicht ausreichend sei insbesondere das Vorliegen einer wirtschaftlichen Härte. In diesem Zusammenhang sei zu berücksichtigen, dass die Möglichkeit einer Stundung der Beiträge bestehe, welche gerade eine Möglichkeit des Ausgleichs von Härtefällen darstelle. Die festgestellte Nachforderung entspreche dem Territorialitätsprinzip, insbesondere eine Diskriminierung der polnischen Staatsangehörigen sehe sie demgegenüber nicht.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf den Inhalt der Gerichtsakte sowie der beigezogenen Verwaltungsakte Bezug genommen.

II.

Der zulässige und nach [§ 86b Abs. 1 S. 1 Nr. 2 SGG](#) statthafte Antrag ist unbegründet.

Gemäß [§ 86b Abs. 1 S. 1 Nr. 2 SGG](#) kann das Gericht der Hauptsache auf Antrag in den Fällen, in denen Widerspruch oder Anfechtungsklage keine aufschiebende Wirkung haben, die aufschiebende Wirkung ganz oder teilweise anordnen.

Der Widerspruch gegen den angefochtenen Bescheid hat nach [§ 86a Abs. 2 Nr. 1 SGG](#) keine aufschiebende Wirkung. Abweichend vom Grundsatz des [§ 86a Abs. 1 SGG](#) entfällt 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. Mit dem angefochtenen Bescheid hat die Beklagte das Bestehen einer Versicherungs- und Beitragspflicht in der Sozialversicherung der acht Gewerbetreibenden festgestellt. Der Anwendbarkeit des [§ 86a Abs. 2 Nr. 1 SGG](#) steht auch die Regelung des [§ 7a Abs. 7 Sozialgesetzbuch - Viertes Buch \(SGB IV\)](#) nicht entgegen. Hiernach haben Widerspruch und Anfechtungsklage gegen Entscheidungen über das Bestehen einer Beschäftigung aufschiebende Wirkung. Zwar soll sich diese Regelung nach der Gesetzesbegründung nicht nur auf Statusentscheidungen der Deutschen Rentenversicherung Bund, sondern auch solche der übrigen Sozialversicherungsträger außerhalb des Antragsverfahrens nach [§ 7a SGB IV](#) beziehen (vgl. [BT-Drs. 14/1855, S. 8](#)). Aus diesem Grund wird daher auch die Anwendbarkeit des [§ 7a Abs. 7 S. 1 SGB IV](#) auf Entscheidungen der Rentenversicherungsträger im Rahmen einer Betriebsprüfung nach [§ 28p Abs. 1 S. 5 SGB IV](#), soweit diese eine Statusentscheidung enthalten, bejaht (vgl. LSG Hamburg, Beschluss vom 25.10.2000 - [L 3 B 80/00 ER](#) -; hess. LSG, Beschluss vom 12.01.2005 - [L 8/14 KR 110/04 ER](#) -; ausdrücklich offen gelassen durch LSG NRW, Beschluss vom 04.06.2007 - [L 5 B 1/07 R ER](#) -). Dem ist jedoch nicht zu folgen. Die Gesetzesbegründung widerspricht insoweit dem Wortlaut des [§ 7a SGB IV](#) (vgl. LSG NRW, Beschluss vom 04.06.2007, [a.a.O.](#); Pietrek, in: [JurisPK SGB IV](#), 2006, Stand 10.03.2008, § 7a Rn. 131). Der Anwendbarkeit auf Entscheidungen nach [§ 28p Abs. 1 S. 5 SGB IV](#) stehen auch systematische Erwägungen entgegen. So findet sich die Regelung in [§ 7a SGB IV](#), welcher Vorschriften über das sogenannte Antragsverfahren enthält. Die Anwendbarkeit des [§ 7a Abs. 7 S. 1 SGB IV](#) würde weiter dazu führen, dass für die Anwendbarkeit des [§ 86a Abs. 2 Nr. 1 SGG](#) jedenfalls, soweit die Entscheidungen auch eine Entscheidung über die Versicherungspflicht enthalten, kein Raum bliebe (Pietrek, [a.a.O.](#)). Dabei ist zu berücksichtigen, dass auch die verfahrensrechtlichen Vorschriften des SGG seit Einführung des [§ 7a Abs. 7 SGB IV](#) eine Änderung erfahren haben. Anders als die ursprünglich geltende Vorschrift des [§ 86 SGG](#) a.F. in der bis zum 31.12.2001 geltenden Fassung enthält [§ 86a Abs. 2 Nr. 1 SGG](#) in der ab 01.01.2002 geltenden Fassung nunmehr die ausdrückliche Regelung, dass die aufschiebende Wirkung auch in Entscheidungen über die Versicherungspflicht entfällt. Zwar lässt sich der Gesetzesbegründung zu [§ 7a SGB IV](#) ([a.a.O.](#)) entnehmen, dass nach dem Sinn und Zweck des [§ 7a Abs. 7 SGB IV](#) zunächst von Statusentscheidungen keine Rechtswirkungen ausgehen sollen. Dabei kann jedoch nicht unberücksichtigt bleiben, dass das Verfahren nach [§ 7a SGB IV](#) grundsätzlich durch einen entsprechenden Antrag der Betroffenen eingeleitet wird und diese damit anders als im Fall einer Betriebsprüfung gerade eine Klärung herbeizuführen suchen.

Soweit dem Widerspruch damit eine aufschiebende Wirkung nicht zukommt, setzt die Anordnung der aufschiebenden Wirkung jedoch voraus, dass bei Abwägung der Interessen das Interesse der Antragstellerin an der Aussetzung der Vollziehung gegenüber dem öffentlichen Interesse an der sofortigen Vollziehung überwiegt (Keller, in: [Meyer-Ladewig, SGG](#), 8. Aufl. 2005, § 86b Rn. 12 ff.). Im Rahmen der nach pflichtgemäßem Ermessen zu treffenden gerichtlichen Entscheidung ist dabei insbesondere zu berücksichtigen, dass das Gesetz von der Regel ausgeht, dass bei der Entscheidung über Beitragspflichten die aufschiebende Wirkung von Widerspruch und Klage entfällt ([§ 86a Abs. 2 Nr. 1 SGG](#)). Nur ausnahmsweise kann nach dem Rechtsgedanken der insoweit entsprechend anzuwendenden Vorschrift des [§ 86a Abs. 3 S. 2 SGG](#) die aufschiebende Wirkung anzuordnen sein, wenn ernstliche Zweifel an der Rechtmäßigkeit des angegriffenen Verwaltungsaktes bestehen oder wenn die Vollziehung eine unbillige, nicht durch überwiegende öffentliche Interessen gebotene Härte zur Folge hätte (LSG NRW, Beschluss vom 07.03.2005 - [L 3 B 1/05 R ER](#) -; Beschluss vom 13.10.2006 - [L 16 B 1/06 R ER](#) -). Dies ist bei der im Eilverfahren gebotenen summarischen Prüfung nicht der Fall.

Ernstliche Zweifel an der Rechtmäßigkeit des angefochtenen Bescheides bestehen nicht. Zu bejahen sind ernsthafte Zweifel an der Rechtmäßigkeit eines Verwaltungsaktes, wenn auf Grund summarischer Prüfung der Sach- und Rechtslage ein Erfolg des Rechtsbehelfs im Hauptsacheverfahren wahrscheinlicher ist als ein Misserfolg. Dies folgt aus der gesetzlichen Wertung des [§ 86a Abs. 2 SGG](#), wonach Beiträge zunächst zu erbringen sind. Hiervon ist nur in Ausnahmefällen abzusehen, damit die Erfüllung der Aufgaben gesichert wird, denen die Beiträge zu dienen bestimmt sind. Das Risiko, im Ergebnis zu Unrecht in Vorleistung treten zu müssen, trifft nach der Wertung des Gesetzgebers damit den Zahlungspflichtigen (vgl. LSG NRW, Beschluss vom 13.10.2006, [a.a.O.](#), m.w.N.). Hiernach ist der Erfolg des Rechtsbehelfs in der Hauptsache nicht wahrscheinlicher als der Misserfolg, da die Erfolgsaussichten bei der gebotenen summarischen Prüfung als offen einzuordnen sind.

Eine überwiegende Wahrscheinlichkeit des Erfolgs in der Hauptsache ergibt sich zunächst nicht aus den von der Antragstellerin gerügten Verfahrensfehlern. Im Ergebnis kann dahingestellt bleiben, ob ein Verstoß gegen [§§ 24, 25 Sozialgesetzbuch - Zehntes Buch \(SGB X\)](#) vorliegt, da dieser jedenfalls den Erlass einer einstweiligen Anordnung nicht rechtfertigt.

Gemäß [§ 24 SGB X](#) muss einem Beteiligten Gelegenheit zur Stellungnahme zu den entscheidungserheblichen Tatsachen gegeben werden, bevor ein Verwaltungsakt erlassen wird, der in seine Rechte eingreift. Welche Tatsachen entscheidungserheblich sind, richtet sich nach Art und Inhalt des beabsichtigten Verwaltungsaktes. Danach sind entscheidungserheblich solche Tatsachen, auf welche die Behörde den Verfügungssatz zumindest auch gestützt hat oder auf die es nach der materiell-rechtlichen Sicht der Behörde ankommt (von Wulffen, in: [von Wulffen, SGB X](#), 6. Aufl. 2008, § 24 Rn. 9 m.w.N.). Die Antragsgegnerin hat der Antragstellerin mit Schreiben vom 17.08.2007, welches einen

vollständigen Entwurf des beabsichtigten Bescheides enthielt, Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben, und den angefochtenen Bescheid am 28.11.2007 erlassen. Auf eine tatsächlich abgegebene Stellungnahme kommt es grundsätzlich nicht an. Ob dies anders zu beurteilen ist, wenn wie im vorliegenden Fall zum Ausdruck gebracht worden ist, dass eine Stellungnahme erfolgen werde und die Antragsgegnerin den Bescheid ohne entsprechende Fristsetzung zur Stellungnahme erlassen hat, kann im Rahmen des hier anhängigen Eilverfahrens dahingestellt bleiben, da ein Verstoß gegen [§ 24 Abs. 1 SGB X](#) nicht den Erlass einer einstweiligen Regelung rechtfertigt. Zwar hat ein Verstoß gegen [§ 24 Abs. 1 SGB X](#) grundsätzlich die formelle Rechtswidrigkeit des angefochtenen Bescheides zur Folge, nach [§ 41 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 2 SGB X](#) kann die Anhörung jedoch bis zum Abschluss der letzten Tatsacheninstanz eines sozialgerichtlichen Verfahrens nachgeholt werden. Selbst offensichtliche Anhörungsfehler sind damit dem Grunde nach nicht geeignet, den Erlass einer einstweiligen Regelung herbeizuführen (LSG NRW, Beschluss vom 05.10.2007 - S 16 KA 68/07 ER -).

Soweit die Antragstellerin zudem einen Verfahrensfehler im Zusammenhang mit dem gesetzlich normierten Anspruch auf Akteneinsicht begründet, führt auch dies nicht zum Erfolg des Antrags. Zwar hat die Antragsgegnerin gemäß [§ 25 Abs. 1 Satz 1 SGB X](#) der Antragstellerin Einsicht in die das Verfahren betreffenden Akten zu gestatten, soweit deren Kenntnis zur Geltendmachung oder Verteidigung ihrer rechtlichen Interessen erforderlich ist. Dabei sind Verfahrensakte im Sinne des [§ 25 SGB X](#) alle Unterlagen, die den Gegenstand des Verwaltungsverfahrens betreffen, und zwar unabhängig davon, ob die Behörde sie zu den Verwaltungsakten im engeren Sinn nimmt. Erfasst wird die Gesamtheit der Schriftstücke, die die Behörde für das jeweilige konkrete Verfahren angefertigt oder beigezogen hat (von Wulffen, in: von Wulffen, SGB X, 6. Auflage 2008, § 25 Rdn 5). Der Rechtsanspruch auf Akteneinsicht steht jedoch unter dem Vorbehalt, dass die Akteneinsicht zur Geltendmachung oder Verteidigung der rechtlichen Interessen notwendig ist, die Einsichtnahme also dazu dient, eine tatsächliche Unsicherheit über ein Rechtsverhältnis zu klären, ein rechtlich relevantes Verhalten nach dem Ergebnis der Einsichtnahme zu regeln oder eine gesicherte Grundlage für die Verfolgung des Anspruches zu verlangen (von Wulffen, a.a.O., § 25 Rn. 4). In diesem Zusammenhang dürfte zu berücksichtigen sein, dass die Antragsgegnerin mit Schreiben vom 25.10.2007 nur eine 66 Blatt umfassende Verwaltungsakte in Ablichtung übersandt hat, die mit Schreiben des Hauptzollamtes vom 16.01.2007 übersandten Unterlagen waren demgegenüber nicht beigelegt. Ob eine Verletzung des [§ 25 SGB X](#) vorliegt, kann jedoch im Ergebnis dahingestellt bleiben. Ein Verstoß gegen [§ 25 SGB X](#) führt weder zur Nichtigkeit des angefochtenen Bescheides, noch hat dieser die selbständige Aufhebbarkeit des Verwaltungsaktes aus formellen Gründen zur Folge (vgl. Schütze, in: von Wulffen, SGB X, 6. Aufl. 2008, § 42 Rn. 3). Vielmehr ist ein Verfahrensfehler nach Maßgabe des [§ 42 S. 1 SGB X](#) unbeachtlich, wenn keine andere Entscheidung in der Sache hätte getroffen werden können. Diese Regelung findet mangels Anwendbarkeit des [§ 42 S. 2 SGB X](#) auch auf die Fälle des Verstoßes gegen [§ 25 SGB X](#) Anwendung (LSG NRW, Urteil vom 30.11.2005 - L 10 KA 29/05 -).

Ernstliche Zweifel an der Rechtmäßigkeit des angefochtenen Bescheides folgen auch nicht aus materiellem Recht. Insbesondere eine überwiegende Wahrscheinlichkeit der Verneinung des Vorliegens einer Versicherungspflicht der für die Antragstellerin tätig werdenden Gewerbetreibenden und damit des Erfolgs in der Hauptsache ist abzulehnen, da die Erfolgsaussichten als offen einzuordnen sind.

Die Antragsgegnerin ist gemäß [§ 28p SGB IV](#) zur Betriebsprüfung und damit zu der Feststellung zuständig, ob die Gewerbetreibenden im streitgegenständlichen Zeitraum gegen Arbeitsentgelt bei der Antragstellerin beschäftigt und somit in allen Zweigen der Sozialversicherung versicherungspflichtig waren ([§ 2 Abs. 2 Nr. 1, § 7 Abs. 1 SGB IV](#)). Personen, die gegen Arbeitsentgelt beschäftigt sind, unterliegen in der Kranken-, der Pflege-, der Renten- und der Arbeitslosenversicherung der Versicherungspflicht ([§ 5 Abs. 1 Nr. 1 Sozialgesetzbuch - Fünftes Buch \(SGB V\), § 20 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 Sozialgesetzbuch - Elftes Buch \(SGB XI\), § 1 S. 1 Nr. 1 SGB VI, § 25 Abs. 1 S. 1 Sozialgesetzbuch - Drittes Buch \(SGB III\)](#)). Ob eine abhängige Beschäftigung vorliegt, richtet sich grundsätzlich nach der Vorschrift des [§ 7 Abs. 1 S. 1 SGB IV](#). Danach ist Beschäftigung die nichtselbständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis. Dies setzt grundsätzlich voraus, dass der Arbeitnehmer vom Arbeitgeber persönlich abhängig ist. Bei einer Beschäftigung in einem fremden Betrieb ist dies der Fall, wenn der Beschäftigte in den Betrieb eingegliedert ist und er dabei einem Zeit, Dauer, Ort und Art der Ausführung umfassenden Weisungsrecht des Arbeitgebers unterliegt. Demgegenüber ist eine selbständige Tätigkeit vornehmlich durch das eigene Unternehmerrisiko, das Vorhandensein einer eigenen Betriebsstätte, die Verfügungsmöglichkeit über die eigene Arbeitskraft und die im Wesentlichen frei gestaltete Tätigkeit und Arbeitszeit gekennzeichnet. Ob jemand abhängig beschäftigt oder selbständig tätig ist, hängt davon ab, welche Merkmale überwiegen. Maßgebend ist stets das Gesamtbild der Arbeitsleistung. Weichen die Vereinbarungen von den tatsächlichen Verhältnissen ab, geben letztere den Ausschlag (st. Rspr., vgl. BSG, Urteil vom 12.02.2004 - B 12 KR 26/02 R - m.w.N.).

Dem steht nicht entgegen, dass es sich bei den Gewerbetreibenden um polnische Staatsangehörige handelt, da nach [§ 3 SGB IV](#) die bundesdeutschen Vorschriften über die Versicherungspflicht Anwendung finden, da eine abhängige Beschäftigung oder selbständige Tätigkeit im Geltungsbereich des Sozialgesetzbuches ausgeübt worden ist (sog. Territorialitätsprinzip; vgl. hierzu: Seewald, in: Kasseler Kommentar zum Sozialversicherungsrecht, 56. Erg.-Lfg. 2007, [§ 3 SGB IV](#) Rn. 2 ff.). Nichts anderes folgt bei summarischer Prüfung aus übernationalem Recht. Insoweit bestimmt Art. 13 Abs. 2 a) und b) der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 des Rates über die Anwendung der Systeme der sozialen Sicherheit auf Arbeitnehmer und Selbständige sowie deren Familienangehörige, die innerhalb der Gemeinschaft zu- und abwandern (VO Nr. 1408/71), dass eine Person, die im Gebiet eines Mitgliedsstaates abhängig beschäftigt ist, den Rechtsvorschriften dieses Staates unterliegt und zwar auch dann, wenn sie im Gebiet eines anderen Mitgliedsstaates wohnt oder ihr Arbeitgeber oder das Unternehmen, das sie beschäftigt, seinen Wohnsitz oder Betriebssitz im Gebiet eines anderen Mitgliedsstaates hat. Auch eine Person, die im Gebiet eines Mitgliedsstaates eine selbständige Tätigkeit ausübt, unterliegt ungeachtet ihres Wohnsitzes den Vorschriften dieses Mitgliedsstaates (vgl. Seewald, a.a.O., Rn. 12). Soweit sich das Vorliegen einer abhängigen Beschäftigung damit maßgeblich nach nationalem Recht richtet, spricht gegen das Vorliegen einer abhängigen Beschäftigung zwar, dass die rechtlichen Beziehungen der Antragstellerin zu den Gewerbetreibenden als Subunternehmerverträge auf der Grundlage von Werkverträgen ausgestaltet sind. Wie bereits dargelegt, reicht jedoch allein die formale Ausgestaltung der Vertragsbeziehungen zur Abgrenzung der abhängigen Beschäftigung von der selbständigen Tätigkeit nicht aus, wenn die tatsächlichen Verhältnissen von der vertraglichen Ausgestaltung abweichen (BSG, Urteil vom 12.02.2004, [a.a.O.](#)). Dies ist hier der Fall. Zwar ergeben sich auch aus den tatsächlichen Verhältnissen Anhaltspunkte für das Vorliegen einer selbständigen Tätigkeit. Zu nennen ist hier etwa die von der Antragstellerin vorgetragene Möglichkeit der Subunternehmer, ihre Arbeitszeit sowie den Ablauf der Arbeitsausführung selbst zu bestimmen. Auch oblag es den Gewerbetreibenden darüber zu entscheiden, ob sie einen konkreten Auftrag annehmen oder ablehnen. Dies allein reicht jedoch nicht aus, um Zweifel an der Rechtmäßigkeit des angefochtenen Bescheides zu begründen. Vielmehr ist in der Gesamtwürdigung zu berücksichtigen, dass die Gewerbetreibenden ungeachtet der ihnen zukommenden Gestaltungsspielräume ein unternehmerisches Risiko nicht tragen. Hierfür spricht insbesondere, dass eine Abrechnung der zu erbringenden Arbeitsleistungen nach Festpreisen erfolgte, so dass der jeweilige Gewerbetreibende bereits bei Übernahme des Auftrags mit einer für ihn kalkulierbaren Vergütung rechnen konnte und damit ein eigener Kapitaleinsatz nicht erfolgte. Auch spricht einiges dafür,

dass die Gewerbetreibenden nicht über eine eigene Betriebsstätte verfügten. Die in diesem Zusammenhang angegebene Geschäftsadresse, welche zugleich die Wohnanschrift der Gewerbetreibenden ist, lautet in allen Fällen gleich. Der entsprechende Mietvertrag lautet zwischenzeitlich auf die Betriebsinhaberin der Antragstellerin. Darüber hinaus deuten Anhaltspunkte darauf hin, dass die Gewerbetreibenden über eigene Betriebsmittel mit Ausnahme von Werkzeugen sowie andere Auftraggeber nicht verfügen. Zudem erscheinen alle Rechnungen optisch gleich. Auch Anhaltspunkte für eine unternehmerische Tätigkeit am Markt sind derzeit nicht ersichtlich, vielmehr scheinen die Gewerbetreibenden, die zudem über keine oder geringe Deutschkenntnisse verfügen, ausschließlich für die Antragstellerin tätig zu werden. Demgegenüber erfolgten Besprechungen mit der Bauleitungen und Architekten sowie Abholung und Transport der Baumaterialien durch die Antragstellerin. Auch eine Kontrolle und Aufsicht über die Ausführung der Arbeiten auf den Baustellen fand durch die Antragstellerin statt. Demgegenüber sollen weitere Vorgaben nur insoweit getätigt worden sein, wie diese an die Antragstellerin unmittelbar durch Bauherr oder Architekt herangetragen worden seien. Zwar sind im Verhältnisses eines Unternehmers zu einem von ihm beauftragten Subunternehmer bestimmte Vorgaben sowie die Ausübung von Kontroll- und Aufsichtsrechten denkbar, welche bereits aus der Stellung als Auftraggeber folgen, ohne dass dies bereits eine selbständige Tätigkeit des Subunternehmers ausschließt. Auch sind möglicherweise branchenbedingte Besonderheiten im Zusammenhang mit der Ausgestaltung des tatsächlichen Verhältnisses der Antragstellerin zu ihren Subunternehmern zu berücksichtigen. Ob auch unter Berücksichtigung dieser Aspekte und der vorzunehmenden Gesamtwürdigung das Vorliegen einer selbständigen Tätigkeit zu bejahen ist, bedarf jedoch der abschließenden Prüfung im Hauptsacheverfahren, wobei die Erfolgsaussichten wegen einer möglicherweise umfangreichen Beweisaufnahme offen sind.

Die Vollziehung des angefochtenen Bescheides stellt schließlich für die Antragstellerin auch keine unbillige, nicht durch überwiegende öffentliche Interessen gebotene Härte dar. Nicht ausreichend sind in diesem Zusammenhang grundsätzlich die mit der sofortigen Vollziehbarkeit des angefochtenen Bescheides und der Höhe der festgesetzten Beiträge verbundenen finanziellen Folgen. Vielmehr entspricht es der gesetzlichen Wertung des Gesetzgebers, dass im Regelfall das Interesse an der Vollziehung des Beitragsbescheides gegenüber dem Interesse des Beitragspflichtigen, vor der endgültigen Zahlung eine Beitragspflicht in einem gerichtlichen Verfahren überprüfen zu lassen, überwiegt. Da es sich lediglich um die Erfüllung der gesetzlichen Zahlungspflicht handelt, ist die Beibehaltung der gesetzlichen Regelung grundsätzlich verhältnismäßig (LSG NRW, Beschluss vom 13.10.2006, [a.a.O.](#)). Anhaltspunkte, die eine abweichende Beurteilung des Einzelfalles rechtfertigen, sind weder vorgetragen, noch ersichtlich. Insoweit ist ergänzend auf die Möglichkeit der Antragstellerin hinzuweisen, unter Vorlage geeigneter Unterlagen eine Ratenzahlung oder Stundung über die entsprechenden Einzugsstellen zu beantragen (vgl. LSG NRW, Beschluss vom 13.10.2006, [a.a.O.](#)).

Die Kostenentscheidung folgt aus den [§§ 197 a SGG](#) i. V. m. [§ 154 Abs. 1](#) Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO).

Rechtskraft

Aus

Login

NRW

Saved

2010-05-20