

# Beglaubigte Abschrift

S 2 R 8031/15 ER



## SOZIALGERICHT REGENSBURG

In dem Antragsverfahren

**[REDACTED]**  
- Antragsteller -

Proz.-Bev.:

Rechtsanwälte Treutler u.Koll., Prüfeninger Straße 62, 93049 Regensburg - 627/2015-K/MK -

gegen

Deutsche Rentenversicherung Bund, vertreten durch das Direktorium, Ruhrstraße 2, 10709 Berlin - 2304-107-64-73944214 -

- Antragsgegnerin -

erlässt der Vorsitzende der 2. Kammer, Vizepräsident des Sozialgerichts Porzner, ohne mündliche Verhandlung am 12. Juni 2015 folgenden

### B e s c h l u s s :

- I. Die aufschiebende Wirkung des Widerspruches vom 22.04.2015 gegen den Bescheid der Antragsgegnerin vom 13.04.2015 wird bis zum Abschluss des Widerspruchsverfahrens angeordnet.
- II. Die Antragsgegnerin trägt die Kosten des Verfahrens.
- III. Der Streitwert wird auf 15.294,05 Euro festgesetzt.

Gründe:

I.

Zwischen den Beteiligten ist im Rahmen des einstweiligen Rechtsschutzes streitig, ob hinsichtlich eines Beitragsbescheides der Antragsgegnerin die aufschiebende Wirkung anzuordnen ist.

Herr [REDACTED] hatte ab 01.03.2011 in [REDACTED] das Gewerbe „Vertrieb von Elektrogeräten sowie über Internet“ und seit 05.05.2011 zusätzlich das Gewerbe „Einzelhandel von Elektrogeräten, Hausmeisterservice“ und seit 01.01.2012 auch das Gewerbe „Kabelverleger im Hochbau (ohne Anschlussarbeiten), Montage von Photovoltaikanlagen und andere Hilfstätigkeiten an der Baustelle“ gemeldet. Herrn [REDACTED] war mit Bescheid des Landratsamtes [REDACTED] vom 28.03.2013 die Ausübung des Gewerbes „Vertrieb von Elektrogeräten sowie über Internet, Einzelhandel von Elektrogeräten, Hausmeisterservice, Kabelverleger im Hochbau (ohne Anschlussarbeiten), Montage von Photovoltaikanlagen und andere Hilfstätigkeiten an der Baustelle“ sowie jede weitere selbständige Gewerbeausübung und jegliche Tätigkeit als Geschäftsführer und Betriebsleiter im Geltungsbereich der Gewerbeordnung untersagt worden. Herr [REDACTED] wurde vom Hauptzollamt (HZA) Regensburg am 14.11.2013, 29.01.2014 und am 05.02.2014 auf verschiedenen Baustellen bei einer Prüfung gemäß § 2 ff. des Gesetzes zur Bekämpfung der Schwarzarbeit (SchwarzArbG) angetroffen. Bei den Kontrollen am 29.01.2014 und am 05.02.2014 war er bei Tätigkeiten auf Baustellen der Firma [REDACTED] tätig. Herr [REDACTED] betreibt unter der vorgenannten Firma einen Elektroeinzelhandel mit Elektroinstallation. Dem HZA gegenüber gab Herr [REDACTED] an, auf den Baustellen als Elektriker tätig gewesen zu sein. Herr [REDACTED] hatte dem Ast für seine Tätigkeiten Rechnungen ausgestellt, die einen „Preis“ pro Stunde von 23,50 bzw. 26 Euro auswiesen und mit „Regie, Kabelverlegung und Hilfstätigkeiten an der Baustelle“ umschrieben waren. Die Rechnungen wurden beginnend mit den Tätigkeiten ab 24.01.2012 ausgestellt. Bevor Herr [REDACTED] als Auftragnehmer für den Ast tätig wurde, war er für diesen ab 2001 bis in das Jahr 2011 als angestellter Monteur beschäftigt. Den Tätigkeiten des Herrn [REDACTED] die zur Ausstellung der Rechnungen führten, lagen keine schriftlichen Verträge zu Grunde.

Die Feststellungen des HZA führten zu einer Betriebsprüfung nach § 28p Viertes Buch Sozialgesetzbuch (SGB IV) durch die Antragsgegnerin (Ag). Die Ag hörte den Ast mit Schreiben vom 09.02.2015 zu ihrer Absicht an, Nachforderungen zur Sozialversicherung in Höhe von insgesamt 45.882,15 Euro zu erheben. Hierzu nahmen die Bevollmächtigten des Ast mit Schreiben vom 27.03.2015 Stellung.

Mit Bescheid vom 13.04.2015 setzte die Ag für die Zeit vom 01.01.2012 bis 28.02.2014 Nachforderungen zur Sozialversicherung in Höhe von 45.882,15 Euro fest. Darin enthalten waren Säumniszuschläge nach § 24 Abs. 1 SGB IV in Höhe von 8.500 Euro. Die Ag führte in ihrem Bescheid die aus ihrer Sicht für und gegen eine abhängige Beschäftigung des Herrn [REDACTED] führenden Gründe auf und kam in der Gesamtabwägung zu dem Ergebnis des Vorliegens einer abhängigen Beschäftigung. Die Ag verwies auf das Fehlen schriftlicher Verträge, der Nichtvereinbarung von Konventionalstrafen und der Bezahlung auf Stundenbasis. Es könne kein kalkulierter „Unternehmerlohn“ festgestellt werden. Zu den Tätigkeiten selbst wurde auf Ausführungen von Herrn [REDACTED] gegenüber dem HZA Bezug genommen. Daraus wurde auf eine Eingliederung von Herrn [REDACTED] in die betriebliche Organisation der vom Ast betriebenen Firma geschlossen, insbesondere auf eine Zusammenarbeit mit Beschäftigten des Ast in dessen Firma. Ein wesentliches Unternehmerrisiko wurde von der Ag verneint und darauf verwiesen, dass Herr [REDACTED] wesentlich seine Arbeitsleistung verwertet hatte. Die Ag verwies auch auf den Umstand, dass für den Zeitraum vom März 2013 bis April 2014 eine Gewerbeuntersagung bestanden hat. Im Rahmen der Gesamtabwägung kam die Ag zu dem Ergebnis, dass vor diesem Hintergrund der Umstand des bis Juni 2013 zulässig betriebenen Gewerbes, die Mitgliedschaft in der Verwaltungsberufsgenossenschaft, die Werbung und das Bestehen von gewerblich genutzten Räumen zurückzutreten hat. Die Ag stellte fest, dass Herr [REDACTED] in der für die Ast ausgeübten Tätigkeit der Versicherungspflicht nach § 5 Abs. 1 Nr. 1 Fünftes Buch Sozialgesetzbuch (SGB V), § 20 Abs. 1 Nr. 1 Elftes Buch Sozialgesetzbuch (SGB XI) und nach § 1 Satz 1 Nr. 1 Sechstes Buch Sozialgesetzbuch (SGB VI) sowie gem. § 25 Abs. 1 Drittes Buch Sozialgesetzbuch (SGB III) nach dem Recht der Arbeitsförderung unterlag. Aus den von der Ast an Herrn [REDACTED] ausgezahlten Netto-rechnungsbeträgen wurden Sozialversicherungsbeiträge zu den v. g. Zweigen der Sozialversicherung nachberechnet.

Am 11.05.2015 ging bei Gericht der Antrag auf vorläufigen Rechtsschutz ein.

Der Ast geht davon aus, dass Herr [REDACTED] für sie selbständig tätig wurde und daher ernsthafte Zweifel an der Rechtmäßigkeit des Bescheides vom 13.04.2015 bestehen. Sie verweist darauf, dass bei Beginn der Tätigkeiten ab Januar 2012 von Herrn Kirchmeier ein eingetragenes Gewerbe betrieben wurde, er selbst Mitglied der Verwaltungsberufsgenossenschaft sei und zur Einkommenssteuer veranlagt wurde. Er habe Werbung für sich gemacht, eine eigene Betriebsstätte gehabt und sei neben dem Ast noch für weitere Auftraggeber tätig geworden. Es hätten keine Entgeltfortzahlungs- und Urlaubsansprüche bestanden. Die Stundenvergütung habe mit 26 Euro deutlich höher gelegen als die Vergütung der festangestellten Mitarbeiter mit etwa 12 Euro. Auch habe Herr [REDACTED] dem Inhaber der Ast eine Freistellungsbescheinigung nach § 13b UStG vorgelegt. In der wertenden Gesamtschau würden die Mehrzahl und vor allem die ausschlaggebenden Bewertungskriterien für eine selbständige Tätigkeit sprechen. Die sofortige Vollziehung des Beitragsbescheides würde für den Ast das ernsthafte Risiko einer Insolvenz mit sich bringen. Es wird in diesem Zusammenhang ein Jahresabschluss zum 31.12.2013 und eine betriebswirtschaftliche Auswertung vorgelegt.

Der Ast beantragt:

1. Die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs des Ast vom 22.04.2015 gegen den Bescheid der Ag vom 13.04.2015 wird angeordnet.
2. Die Ag trägt die Kosten des Verfahrens.

Die Ag beantragt,

den Antrag auf Aussetzung der Vollziehung der Beitragsforderung in Höhe vom 45.882,15 Euro einschließlich Säumniszuschläge zurückzuweisen.

Die Ag ist der Auffassung, dass Zweifel an der Rechtmäßigkeit des Beitragsbescheides nicht bestehen. Die Vollziehung eines rechtmäßigen Bescheides stelle keine unzumutbare Härte dar. Der Ast habe den Elektriker [REDACTED] zum Schein auf selbständiger Basis beschäftigt. Neue wesentliche Erkenntnisse, die zu einer Änderung der Rechtsauffassung führen könnten, würden sich für die Ag insgesamt nicht ergeben. Der Vortrag des Prozessbevollmächtigten des Ast sei nicht geeignet, erhebliche Zweifel an der Rechtmäßigkeit des Bescheides zu wecken.

Zur weiteren Ergänzung des Sach- und Streitstandes wird auf den Inhalt der beigezogenen Akten der Ag und auf den Inhalt der Gerichtsakte Bezug genommen.

II.

Der zum sachlich und örtlich zuständigen Sozialgericht Regensburg gestellte Antrag auf vorläufigen Rechtsschutz ist zulässig (§ 86b Abs. 1 Satz 1 Nr. 2, Abs. 2 i. V. m. § 51 Abs. 1 Satz 1 Sozialgerichtsgesetz – SGG).

Der Antrag konnte auch schon nach Erlass des Ausgangsbescheides gestellt werden (vgl. § 86b Abs. 3 SGG). Der Antrag hat auch Erfolg.

Gemäß § 86b Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 i. V. m. § 86a Abs. 2 Nr. 1 SGG kann das Gericht zur Hauptsache auf Antrag durch Beschluss die Aussetzung der Vollziehung anordnen. Die Ag hat den angefochtenen Bescheid vom 13.04.2015 erlassen, der auf der Grundlage von § 28 p Viertes Buch Sozialgesetzbuch (SGB IV) i. V. m. § 2 Abs. 2 SchwarzArbG erging. Dabei handelt es sich um eine Entscheidung nach § 86a Abs. 2 Nr. 1 SGG.

Bei der Prüfung, ob eine Anordnung zu erlassen ist, ist eine Interessenabwägung zwischen dem Suspensionsinteresse des Ast und dem öffentlichen Vollzugsinteresse vorzunehmen. Es ist auf die Regelung in § 86a Abs. 3 Satz 2 SGG zurückzugreifen, wonach die Aussetzung nur dann erfolgen soll, wenn ernstliche Zweifel an der Rechtmäßigkeit des angegriffenen Verwaltungsaktes bestehen oder wenn die Vollziehung für den Abgaben- oder Kostenpflichtigen eine unbillige, nicht durch überwiegende öffentliche Interessen gebotene Härte zur Folge hätte. § 86a Abs. 3 Satz 2 SGG enthält einen speziellen Maßstab für die materiellen Voraussetzungen einer Aussetzungsentscheidung für Beitragspflichtige. Mit der Regelung wird vom Gesetzgeber ein Ausgleich für den gesetzlich angeordneten Ausschluss der aufschiebenden Wirkung geschaffen. Die erforderliche Abwägung setzt als notwendiges Element die Prüfung der Möglichkeit des Erfolges in der Hauptsache voraus. Für eine Anordnung muss zumindest der Hauptsacherfolg möglich erscheinen.

In einem Fall wie dem vorliegenden, in dem mit dem (angefochtenen) Beitragsbescheid Nachforderungen von Gesamtsozialversicherungsbeiträgen in bestimmter Höhe geltend gemacht werden, ist diese Beurteilung im Hinblick auf die konkret geltend gemachte Beitragsschuld vorzunehmen.

Die Nachforderung der Gesamtsozialversicherungsbeiträge – und der damit im Zusammenhang stehenden Säumniszuschläge – mit Bescheid vom 13.04.2015 gründet auf der Annahme des Bestehens eines Beschäftigungsverhältnisses mit Herrn [REDACTED], das vom Ast nicht zur Sozialversicherung angemeldet worden war. Somit setzt die Nachforderung der Beiträge die Feststellung der abhängigen Beschäftigung von Herrn [REDACTED] beim Ast in der Zeit vom 01.01.2012 bis 28.02.2014 voraus. Dabei hatte die Ag vor Erlass des Bescheides vom 13.04.2015 die hierfür notwendigen Tatsachenfeststellungen zu treffen. Es gilt der Untersuchungsgrundsatz gem. § 20 SGB X. Die Ag hatte ihrer Entscheidung die Feststellungen des HZA Regensburg zu Grunde gelegt.

Die Ag nimmt an, dass bei Herrn [REDACTED] in dessen ausgeübten Tätigkeiten für den Ast in allen Zweigen der Sozialversicherung Versicherungspflicht bestand, also in der gesetzlichen Rentenversicherung (§ 1 Satz 1 Nr. 1 des Sechsten Buches Sozialgesetzbuch - Gesetzliche Rentenversicherung), der gesetzlichen Krankenversicherung (§ 5 Abs. 1 Nr. 1 des Fünften Buches Sozialgesetzbuch – Gesetzliche Krankenversicherung), der sozialen Pflegeversicherung (§ 20 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Elftes Buch Sozialgesetzbuch) und nach dem Recht der Arbeitsförderung (§ 25 Abs. 1 des Dritten Buches Sozialgesetzbuch - Arbeitsförderung).

Gem. § 7 Abs. 1 Satz 1 Viertes Buch Sozialgesetzbuch (SGB IV) ist Beschäftigung die nichtselbstständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis. Eine Beschäftigung in diesem Sinne setzt 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 (vgl. BSG, Urteil vom 24.01.2007, Az.: B 12 KR 31/06 R, SozR 4-2400 § 7 Nr. 7). Vornehmlich bei Diensten höherer Art kann das Weisungsrecht des Arbeitgebers auch eingeschränkt und zur dienenden Teilhabe am Arbeitsprozess verfeinert sein, wenn der Versicherte nur in den Betrieb eingegliedert ist (vgl. BSG, Urteil vom 18.12.2001, SozR 3-2400 Nr. 20, S. 78).

Die selbstständige Tätigkeit ist im Gegensatz hierzu vornehmlich durch das eigene Unternehmerrisiko, das Vorhandensein einer eigenen Betriebsstätte, die Verfügungsmöglichkeit über die eigene Arbeitskraft und die im wesentlichen frei gestaltete Tätigkeit und Arbeitszeit gekennzeichnet. Ob jemand abhängig beschäftigt oder selbstständig tätig ist, hängt davon ab, welche Merkmale überwiegen. Daher sind alle Umstände des Falles zu berücksichtigen.

Maßgebend ist stets das Gesamtbild der Arbeitsleistung unter Berücksichtigung der Verkehrsanschauung (vgl. BSG SozR 2200 § 1227 Nr. 8; BSG SozR 4-2400 § 7 Nr. 5). Dabei bestimmt sich das Gesamtbild nach den tatsächlichen Verhältnissen. Zu den tatsächlichen Verhältnissen zählen die rechtlich relevanten Umstände, die eine wertende Zuordnung zum Typus der abhängigen Beschäftigung erlauben. In erster Linie wird die Gestaltung der tatsächlichen Gegebenheiten durch Vereinbarungen vorgenommen. Weichen die Vereinbarungen allerdings von den tatsächlichen Verhältnissen ab, geben letztere den Ausschlag (vgl. BSG SozR 3-2400 § 7 Nr. 18).

Die Gesamtabwägung setzt die umfassende Ermittlung der Umstände voraus, die für und gegen eine abhängige Beschäftigung sprechen. Im vorliegenden Fall hat die Ag Herrn [REDACTED] nicht am Verfahren beteiligt (§ 12 SGB X) und auch nicht zu den genauen Umständen der von ihm verrichteten Tätigkeiten befragt. Es erfolgte lediglich ein Rückgriff auf den ausgefüllten Fragenbogen, den das HZA an Herrn [REDACTED] übersandt hat und die Befragung des Herrn [REDACTED] durch das HZA. Aus diesem Grunde finden sich in den Akten der Ag auch keine genauen Angaben darüber, in welchen der streitbefangenen Zeiträumen seitens des Herrn [REDACTED] Tätigkeiten für andere Auftraggeber ausgeführt wurden und was der Gegenstand dieser Aufträge von Dritten war. Die Ag hat es mangels eigener Ermittlungen auch dahin stehen lassen, ab wann für den Gewerbebetrieb Teile des angemieteten Hauses zur Verfügung standen.

Bezüglich der verrichteten Tätigkeiten geht die Ag nicht ins Einzelne. Das wäre aber notwendig, da sie letztlich von einer organisatorischen Eingliederung in den Betrieb des Ast ausgeht. Das setzt aber die Kenntnis voraus, dass für die Arbeiten vor Ort die Anwesenheit von beschäftigten Arbeitnehmern des Ast notwendig machten und ein arbeitsteiliges Zusammenwirken von Herrn [REDACTED] mit diesen Arbeitnehmern erfolgte. Den bislang vorliegenden - allerdings sehr allgemein gehaltenen - Angaben des Herrn [REDACTED] gegenüber dem HZA kann dies nicht entnommen werden.

Die Unterscheidung zwischen den einzelnen Einsatzorten ist bedeutsam, weil nach Angaben des Herrn [REDACTED] bei auswärtigen Einsätzen auch die Anmietung eines Zimmers erforderlich wurde, dass er selbst bezahlt hat. Hinzu kommt, dass wiederum Umstände in die Gesamtabwägung eingeflossen sind, ohne dass dargelegt wurde, warum sie zu berücksichtigen waren. So wird im Bescheid hervorgehoben, dass eine Gewerbeuntersagung bestand (Bescheid des Landratsamtes [REDACTED] vom 28.03.2013). Es wird aber nicht ausgeführt, warum die Gewerbeuntersagung entscheidend für die Abgrenzung zwischen abhängiger und selbständiger Tätigkeit sein soll. Die an den selbständigen Gewerbetreibenden gerichtete Untersagung hat eine ganz andere Zielsetzung, die nicht im Zusammenhang mit den Abwägungskriterien in der hier zu entscheidenden Frage des Vorliegens einer abhängigen oder selbständigen Tätigkeit steht.

Vor diesem Hintergrund hält die vorgenommene Gesamtabwägung der summarischen Prüfung nicht Stand. Hinzu kommt, dass die Begründung für die Erhebung von Säumniszuschlägen erheblichen Zweifeln begegnet. Alleine der Umstand, dass der Ast den Weg des Antragsverfahrens nicht gewählt hat, rechtfertigt nicht die Annahme, dass keine unverschuldete Unkenntnis von der Beitragspflicht und in diesem Zusammenhang von einer abhängigen Beschäftigung vorliegt. In diesem Zusammenhang ist auf die Umstände zu verweisen, die auch nach Auffassung der Ag für eine selbständige Tätigkeit gesprochen haben.

Da die Ag im Rahmen des Widerspruchsverfahrens weitere Ermittlungen vornehmen kann und daher auch noch eine umfassende Gesamtabwägung erfolgen kann, wird die Anordnung der aufschiebenden Wirkung gegen den Bescheid vom 13.04.2015 auf die Dauer des Widerspruchsverfahrens begrenzt.

Es kann im Hinblick auf die vorstehenden Ausführungen offen bleiben, ob im vorliegenden Fall darüber hinaus von einer unbilligen Härte im Falle der Vollziehung auszugehen wäre. Auf Grund der Zweifel an der Rechtmäßigkeit des Bescheides wird von der Notwendigkeit der Anordnung von Sicherheitsleistungen durch den Ast in diesem Falle abgesehen.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 197a SGG i. V. m. § 154 Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO).

Die Wertberechnung erfolgt auf der Grundlage der §§ 52, 54 Gerichtskostengesetz (GKG). Bei der Anfechtung der erhobenen Beitragsforderung ist der Antrag auf eine bezifferte Geldleistung gerichtet (§ 52 Abs. 3 GKG).

Die Nachforderung beläuft sich auf 45.882,15 Euro (inkl. Säumniszuschläge). Bei Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes ist nicht der volle Wert zu Grunde zu legen, sondern 1/3 hiervon, also 15.294,05 Euro.

---