

## L 16 B 22/04 KR ER

Land  
Nordrhein-Westfalen  
Sozialgericht  
LSG Nordrhein-Westfalen  
Sachgebiet  
Krankenversicherung  
Abteilung  
16  
1. Instanz  
SG Dortmund (NRW)  
Aktenzeichen  
S 46 RJ 225/03 ER  
Datum  
29.12.2003  
2. Instanz  
LSG Nordrhein-Westfalen  
Aktenzeichen  
L 16 B 22/04 KR ER  
Datum  
29.04.2004  
3. Instanz  
Bundessozialgericht  
Aktenzeichen

-  
Datum  
-

Kategorie  
Beschluss

Auf die Beschwerde der Antragsgegnerin wird der Beschluss des Sozialgerichts Dortmund vom 29.12.2003 abgeändert und der Antrag des Antragstellers abgelehnt. Die Beklagte trägt die Kosten des Verfahrens in beiden Rechtszügen. Der Streitwert wird auf 776,94 Euro festgesetzt.

Gründe:

Der Antragsteller (Ast.) begehrt die Anordnung der aufschiebenden Wirkung seines gegen den Beitragsbescheid der Antragsgegnerin (Ag.) vom 24.05.2003 eingelegten Widerspruchs.

Der Ast. betreibt als selbständiger Friseurmeister einen Friseursalon. Er beschäftigte im Zeitraum vom 01.01.1999 bis 31.12.2002 insgesamt neun Arbeitnehmer, davon fünf als geringfügig Beschäftigte.

Nach einer am 22.05.2003 im Betrieb des Ast. durchgeführten Betriebsprüfung forderte die Ag. den Ast. mit Bescheid vom 24.05.2003 zu einer Beitragsnachzahlung in Höhe von 3.107,77 Euro an die Betriebskrankenkasse Vereinigte Deutsche Nickel-Werke AG (1.507,50 Euro) und die IKK Westfalen-Lippe (1600,27 Euro) auf. Zur Begründung führte die Ag. aus, der Ast. habe im Prüfzeitraum zwei Arbeitnehmerinnen (V I und C T) versicherungsfrei belassen, in der Annahme, es handele sich um geringfügig Beschäftigte. Diese Arbeitnehmerinnen hätten aber seit 1999 Weihnachtsgeld bezogen. Die Zahlung eines Weihnachtsgeldes sei wegen der bereits zuvor erfolgten Zahlungen spätestens ab 2001 für den Ast. im Rahmen einer jährlich vorzunehmenden vorausschauenden Betrachtungsweise zu berücksichtigen gewesen. Die Arbeitnehmerinnen hätten jeweils von Januar bis Oktober und im Dezember 630,- DM Monatslohn erhalten. Auch im November 2001 sei ein Monatslohn in dieser Höhe ausbezahlt worden, allerdings unter Berücksichtigung des Weihnachtsgeldes. Dafür sei in diesem Monat ein geringeres Arbeitsentgelt ausgewiesen. Für den Ast. sei bereits zu Beginn des Jahres 2001 erkennbar gewesen, dass hinsichtlich der fraglichen Arbeitnehmerinnen die Geringfügigkeitsgrenze überschritten werden würde. Es sei nicht glaubwürdig, dass gerade im Monat des Weihnachtsgeldbezuges weniger gearbeitet worden sei. Soweit der Ast. darauf hingewiesen habe, der Betrieb betreue drei Altersheime und die Bewohner würden im November den Friseur weniger in Anspruch nehmen, sei dies nicht glaubhaft, da im Jahre 2002 eine Minderung der Arbeitszeit bzw. des Arbeitsentgeltes nicht erfolgt sei.

Die Anspruch auf Einmalzahlungen sei während des gesamten Beschäftigungsjahres erworben worden. Die Einmalzahlung sei bei der Ermittlung des regelmäßigen Arbeitsentgeltes mit 1/12 für jeden Monat zu berücksichtigen.

Gegen den (Nachforderungs-) Bescheid vom 24.05.2003 (abgesandt am 11.07.2003) hat der Ast. unter dem 28.07.2003 Widerspruch erhoben und zur Begründung ausgeführt, die betroffenen Arbeitnehmerinnen hätten, gerade um die Geringfügigkeitsgrenze einzuhalten, im November 2001 weniger gearbeitet. Es sei nicht nachvollziehbar, was daran unglaubwürdig sei. Anhand der Buchführungsunterlagen sei festzustellen, dass im Oktober 2001 die Erlöse (netto) 15.595,25 Euro und im November 14.600,02 Euro betragen hätten. Nicht nur er als Arbeitgeber, sondern auch die Arbeitnehmerinnen hätten Interesse an der Einhaltung der Geringfügigkeitsgrenzen gehabt. Der Ast. hat Lohnabrechnungen für November 2001 überreicht, ausweislich derer bei Frau I und Frau T im November 2001 statt 40 Stunden nur 30 Stunden abgerechnet worden sind.

Zugleich beantragte der Ast., die Vollziehung der Bescheide auszusetzen.

Dies lehnte die Antragsgegnerin durch Bescheid vom 13.08.2003 mit der Begründung ab, dass weder ernstliche Zweifel an der Rechtmäßigkeit des angefochtenen Bescheides bestünden noch die Vollziehung des Verwaltungsaktes eine unbillige, nicht durch

überwiegende öffentliche Interessen gebotene Härte darstelle. Die Möglichkeit einer Stundung der Beitragsforderung werde geprüft.

Daraufhin hat der Ast. am 19.08.2003 beim Sozialgericht (SG) Dortmund die Anordnung der aufschiebenden Wirkung seines Widerspruchs beantragt und vorgetragen, die Zahlung der nachgeforderten Beiträge bedeute für den Friseurbetrieb eine erhebliche Härte, da der Betrieb aufgrund der allgemeinen wirtschaftlichen Situation und des rückgängigen Konsumverhaltens mit Umsatzrückgängen zu kämpfen habe. Eine etwaige Rückzahlung könne den entstehenden Schaden nicht wieder ausgleichen. Eine Stundung der Beiträge sei bisher nicht ermöglicht worden. Es sei zu beachten, dass im November bei beiden Arbeitnehmerinnen nur ein relativ geringer Stundenrückgang zu verzeichnen sei, der aber mit dem bereits erläuterten niedrigeren Kundenaufkommen erklärt werden könne. Zwar sehe der Arbeitsvertrag der Frau I eine wöchentliche Arbeitszeit von 10 Stunden vor.

Die Arbeitszeit habe sich aber nach den betrieblichen Erfordernissen richten sollen, wie sich das Gehalt den betrieblichen Möglichkeiten anpassen habe sollen. Maßgeblich für die Ermittlung des "regelmäßigen" Einkommens sei, ob das jährlich erzielte Gesamteinkommen auf den Monat zurückgerechnet ein Monatsentgelt über der Geringfügigkeitsgrenze ergebe. Der Ast. habe im Rahmen einer vorausschauenden Betrachtung berücksichtigen dürfen, dass im November 2001 voraussichtlich weniger gearbeitet werden würde.

Die Antragsgegnerin hat hingegen die Auffassung vertreten, das Weihnachtsgeld sei auf alle Monate anteilig zu verteilen, woraus sich für alle Monate bis auf den November ein Verdienst von mehr als 630,- DM und damit ein Überschreiten der Geringfügigkeitsgrenze ergebe. Damit sei die Geringfügigkeitsgrenze nicht nur gelegentlich, sondern regelmäßig überschritten worden. Sie hat sich auf Rechtsprechung des Bundessozialgerichts (BSG) berufen, wonach eine mit hinreichender Sicherheit zu erwartende Einmalzahlung bei der Berechnung des "regelmäßig im Monat" im Sinne des [§ 8 Abs. 1](#) Sozialgesetzbuch Viertes Buch (SGB IV) erzielten Arbeitsentgelts auf die einzelnen Monate zu verteilen sei (BSG, Urteil vom 28.02.1984 - [12 RK 21/83](#)).

Mit Beschluss vom 29.12.2003 hat das SG die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs des Ast. gegen den Bescheid der Ag. vom 24.05.2003 angeordnet. Zur Begründung hat es ausgeführt, bei summarischer Prüfung spreche mehr für eine Rechtswidrigkeit der Beitragsnachforderung als dagegen. Die fraglichen Arbeitnehmerinnen hätten die für den Verdienst maßgebliche Geringfügigkeitsgrenze von 630,- DM in keinem Monat überschritten. Der von der Ag. ins Feld geführten Rechtsprechung des BSG habe eine andere Konstellation zu Grunde gelegen. In dem vom BSG entschiedenen Fall hätten die Beschäftigten auf das Jahr gesehen tatsächlich oberhalb der Geringfügigkeitsgrenze verdient, während im zu entscheidenden Fall die Ast. ein Überschreiten der Geringfügigkeitsgrenze fingiere, ohne dass die Beschäftigten auch nur in einem Monat durchschnittlich mehr als 630,- DM verdient hätten. Auch der Ag. müsse einleuchten, dass ein solches Vorgehen nicht Sinn und Zweck der Regelung des [§ 8 Abs. 1 Nr. 1 SGB IV](#) sein könne.

Gegen den ihr am 09.01.2004 zugestellten Beschluss hat die Ag. am 02.02.2004 Beschwerde eingelegt. Sie ist der Auffassung, die von ihr angeführte Rechtsprechung des BSG sei auf den zu entscheidenden Fall übertragbar. Insoweit sei auf den Leitsatz der Entscheidung abzustellen und nicht auf den dahinter stehenden Sachverhalt. Das BSG habe der Gefahr vorbeugen wollen, durch die Umwandlung laufenden Arbeitsentgelts in Sonderzuwendungen die Versicherungspflicht umgehen zu können. Das SG Dortmund sei dem BSG folgerichtig auch in einem gleichgelagerten Fall gefolgt.

Über den Widerspruch des Ast. ist bisher, soweit ersichtlich, nicht entschieden, da die Ag. einen unmittelbaren Zusammenhang zwischen der Entscheidung über die Beschwerde und der Entscheidung über den Widerspruch sieht.

Auf Veranlassung des Senats hat der Ast. sämtliche für die Beschäftigten I und T erstellten Quittungen über Aushilfslohn für die Jahre 1999 - 2002 in Ablichtung übersandt.

Wegen der weiteren Einzelheit des Sach- und Streitstandes wird auf den Inhalt der Gerichtsakten sowie der Verwaltungsakten der Ag. Bezug genommen, die Gegenstand der Beratung gewesen sind.

II.

Die zulässige Beschwerde hat Erfolg.

Gemäß [§ 86 b Abs. 1 Satz 1 Nr. 2](#) Sozialgerichtsgesetz (SGG) kann das Gericht in Fällen, in denen der Widerspruch (1. Alternative) keine aufschiebende Wirkung hat, die aufschiebende Wirkung durch Beschluss ([§ 86 b Abs. 4 SGG](#)) ganz oder teilweise anordnen. Der Antrag kann schon vor Erlass des Widerspruchsbescheides (vgl. Meyer-Ladewig, SGG, 7. Auflage 2002, § 86 b RdNr. 8) bzw. Klageerhebung gestellt werden ([§ 86 b Abs. 3 SGG](#)). Der Widerspruch des Ast. gegen den Bescheid der Ag. vom 24.05.2003 hat gemäß [§ 86 a Abs. 2 Nr. 1 SGG](#) keine aufschiebende Wirkung, da dem Ast. durch den Bescheid eine Beitragspflicht auferlegt wird. [§ 86 b Abs. 1 SGG](#) regelt die Voraussetzungen nicht, unter denen das Gericht die aufschiebende Wirkung anordnen kann. Maßgeblich ist in Fällen des [§ 86 a Abs. 2 Nr. 1 SGG](#) gemäß [§ 86 a Abs. 3 Satz 2 SGG](#), ob ernstliche Zweifel an der Rechtmäßigkeit des angefochtenen Verwaltungsaktes bestehen (vgl. auch Meyer-Ladewig, a.a.O., § 86 b RdNr. 12).

Das Gericht entscheidet nach Ermessen und aufgrund einer Abwägung des Vollzugsinteresses der Behörde und des Aussetzungsinteresses des Ast., wobei die Erfolgsaussichten des Widerspruchs oder der Klage von maßgeblicher Bedeutung sind.

Ernstliche Zweifel i.S.d. [§ 86 a Abs. 3 Satz 2 SGG](#) liegen nur dann vor, wenn der Erfolg des Rechtsmittels deutlich wahrscheinlicher ist als ein möglicher Misserfolg. Andernfalls wäre angesichts der vielfältigen Rechtsprobleme wie auch der Schwierigkeiten einer umfassenden Sachverhaltsklärung in Beitragsangelegenheiten eine Aussetzung der Vollziehung regelmäßig durchsetzbar, was die Funktionsfähigkeit der Sozialversicherung erheblich beeinträchtigen könnte (vgl. ausführlich dazu Beschluss des Senats vom 18.12.2002 - [L 16 B 70/02 KR ER](#) -). Je größer die Erfolgsaussichten, umso geringer die Anforderungen an das Aussetzungsinteresse des Antragstellers (vgl. Meyer-Ladewig, a.a.O., § 86 b RdNr.12).

Die Erfolgsaussichten des Widerspruchs hängen entgegen der Auffassung des SG nicht alleine von der Auslegung des [§ 8 Abs. 1 Nr. 1 SGB IV](#) in Bezug auf das regelmäßige Unterschreiten der hier noch maßgeblichen 630,- DM-Grenze ab. Ohne insoweit eine abschließende

Beurteilung treffen zu müssen, hält der Senat Zweifel daran, dass die Rechtsprechung des BSG vom 28.02.1984 (Az: [12 RK 21/93](#)) auch die vorliegende Konstellation erfasst, für nachvollziehbar.

Die Zweifel gründen auf nachfolgenden Ausführungen des BSG (a.a.O.):

"Ob das Arbeitsentgelt regelmäßig im Monat ein Fünftel der monatlichen Bezugsgröße ...oder regelmäßig im Monat 390,- DM ... übersteigt, ist danach zu beurteilen, welche Zahlungen der Beschäftigte bei vorausschauender, den Zeitraum eines Jahres umfassender Betrachtung zu erwarten hat.

Allerdings folgt diese Auslegung nicht aus seinem Wortlaut. Ihm ist andererseits nicht mit der notwendigen Zuverlässigkeit zu entnehmen, es solle ein kürzerer Zeitraum als ein Jahr maßgebend sein. Die im Gesetzestext erwähnte Zeiteinheit des Monats dürfte nur als Mittel der Grenzziehung dem Betrag nach (390,- DM "im Monat") gemeint sein. Sie außerdem für die Feststellung der Regelmäßigkeit ausschlaggebend sein zu lassen, ist nicht zwingend und würde dem Wortlaut des Gesetzes auch ein zu hohes Gewicht beimessen ... Die Entstehungsgeschichte des [§ 8 Abs. 1 Nr.1 SGB IV](#) (in der seinerzeit maßgeblichen Fassung; Anmerkung des Senats) beantwortet die Frage ebenfalls nicht eindeutig. Sie ergibt aber immerhin, dass während des Gesetzgebungsverfahrens ...das im Gesetzentwurf der Bundesregierung (BT- Drucksache 7/4122) vorgesehene "durchschnittlich" deswegen durch "regelmäßig" ersetzt worden ist, weil über die Versicherungspflicht zu Beginn der Beschäftigung oder Tätigkeit, nicht aber später entschieden werden müsse, das Wort "durchschnittlich" jedoch eine rückschauende Betrachtung und eine Durchschnittsberechnung verlange (a.a.O. S. 43 Nr. 1).

Hat der Gesetzgeber hiernach ...nur sicherstellen wollen, dass die künftige Entwicklung des Arbeitsverdienstes berücksichtigt wird, dann ist der Schluss gerechtfertigt, dass an einer auf einen längeren Zeitraum bezogenen Berechnung, die sich aus dem Wort "durchschnittlich" ergab, nichts geändert werden sollte ...".

Das BSG hat die vorstehende Argumentation zwar zur Begründung der Einbeziehung einer Einmalzahlung in das Gesamteinkommen eines Beschäftigten herangezogen. Es erscheint aber nicht fernliegend, eine Durchschnittsbetrachtung unter Berücksichtigung des Jahresgesamtentgelts auch in Konstellationen wie der vorliegend zu entscheidenden vorzunehmen und dann, wenn das ermittelte monatliche Durchschnittsentgelt unter der maßgeblichen Entgeltgrenze (hier von 630,- DM) bleibt und tatsächlich in keinem Monat ein Entgelt über der - für den Monat - maßgeblichen Grenze bezogen wurde, eine geringfügige Beschäftigung im Sinne des [§ 8 Abs. 1 Nr. 1 SGB IV](#) zu bejahen. Die von der Ast. unter Bezugnahme auf die Rechtsprechung des BSG (a.a.O.) ins Feld geführte Missbrauchsgefahr, die das BSG besteht in Fällen wie dem hier zu entscheidenden ja gerade nicht.

Der vorstehenden Auslegung scheint aber der Leitsatz des BSG zum o.a. Urteil entgegenzustehen. Entgegen der von der Ag. geäußerten Auffassung kann der Leitsatz einer Entscheidung auch des BSG zwar nicht ohne Ansehung des entschiedenen Sachverhalts herangezogen werden. Gleichwohl dürfte der Leitsatz auch unter Berücksichtigung der Ausführungen im Urteil selbst einer Unvertretbarkeit der Rechtsauffassung der Ag. entgegenstehen und damit auch einer offensichtlichen Rechtswidrigkeit des angefochtenen Bescheides.

Die Erfolgsaussichten des Widerspruchs sind aber schon deswegen nicht abschließend beurteilbar, weil die von der Ag. geäußerten Zweifel an der tatsächlichen Minderbeschäftigung regelmäßig im Monat November ggf. einer weiteren Aufklärung bedürfen. Dass diese Zweifel nicht von vornherein abwegig sind, ergibt sich schon aus den Ausführungen des Ast., der auf der einen Seite darlegt, dass im Monat November regelmäßig weniger Kunden zu erwarten sind (was für das Jahr 2002 offenbar nicht mehr zutraf), andererseits aber angibt, die geringere Arbeitszeit im November habe in seinem Interesse und dem der Arbeitnehmerinnen gelegen. Für ein sehr bewusstes Abstimmen der Arbeitszeit mit der 630,- DM-Grenze spricht insoweit auch der Umstand, dass sich für den Monat November unter Berücksichtigung des Weihnachtsgeldes jeweils exakt ein Betrag von 630,- DM ergab, obgleich der tarifvertraglich gewährte Anspruch auf Weihnachtsgeld der Höhe nach differierte. Dies lässt sich mit einer konjunkturellen Reduzierung der Arbeitszeit nur schwerlich in Einklang bringen. Zudem hat der Ast. der Berechnung des Weihnachtsgeldes einen von ihm so bezeichneten "Grundlohn" von 630,- DM zu Grunde gelegt. Die von ihm überreichten Monatsabrechnungen weisen lediglich im Monat November eine von den anderen Monaten abweichende Stundenzahl aus. Die Ag. wird aber, soweit sie ihr mehrfach angeführtes "Misstrauen" zur Begründung eines nichtabhelfenden Widerspruchsbescheides heranziehen will, auf eine Substantiierung desselben bedacht sein müssen.

Im Rahmen der somit noch vorzunehmenden Interessenabwägung kommt dem Aussetzungsinteresse des Ast. kein höheres Gewicht zu als dem öffentlichen Interesse an der Vollziehung des Bescheides. Der Hinweis auf die schwierige wirtschaftliche Situation des Betriebes des Ast. (und nicht des Ast. selbst!) reicht nicht aus, konkrete wirtschaftliche Nachteile - auch angesichts des derzeitigen Zinsniveaus - für den Betrieb des Ast. oder den Ast. selbst darzutun. Auch die Möglichkeiten einer Stundung gemäß [§ 76 Abs. 2 Nr. 1 SGB IV](#) sind offenbar bis heute nicht abgeklärt.

Die Kostenentscheidung beruht auf [§§ 197 a Abs. 1 Satz 1 SGG](#) i.V.m. [§ 154 Abs. 1](#) Verwaltungsgerichtsordnung. Der Kläger gehört nicht zu dem kostenrechtlich privilegierten Personenkreis des [§ 183 SGG](#).

Die Streitwertfestsetzung beruht auf [§§ 13 Abs. 1 Satz 1](#), [20 Abs. 3](#) Gerichtskostengesetz. In Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes ist es in Beitragsstreitigkeiten regelmäßig sachgerecht, nur 1/4 der im Hauptsacheverfahren streitigen Beitragsforderungen als Streitwert festzusetzen (vgl. ausführlich: Landessozialgericht Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 21.01.2004 - [L 16 B 102/03 KR](#) -).

Die Entscheidung ist unanfechtbar ([§ 177 SGG](#)).

Rechtskraft

Aus

Login

NRW

Saved

2004-05-03