


Gericht:	Hessisches Landessozialgericht 1. Senat	Quelle:	
Entscheidungsdatum:	26.03.2009	Normen:	§ 7 Abs 1 SGB 4, § 28f Abs 2 SGB 4, § 28p SGB 4, § 86b Abs 1 S 1 Nr 2 SGG, § 1 S 2 ProstG, § 3 ProstG, § 100a StPO, § 100b StPO, § 477 Abs 2 StPO, Art 10 GG
Aktenzeichen:	L 1 KR 331/08 B ER		
Dokumenttyp:	Beschluss		

**(Sozialversicherungspflicht - Prostituierte - abhängiges
Beschäftigungsverhältnis - selbständige Tätigkeit -
typusbildendes Merkmal - Erkenntnisse aus
Telefonüberwachung - Beweiserhebungsverbot -
Verfassungsmäßigkeit)**

Leitsatz

1. Zur Anwendung des § 7 Abs. 1 SGB IV bei der Frage der Beschäftigteneigenschaft von Prostituierten:

a) Die zu § 7 Abs. 1 SGB IV allgemein entwickelten Grundsätze werden durch das Gesetz zur Regelung der Rechtsverhältnisse der Prostituierten (ProstG) vom 20. Dezember 2001 (BGBl. I S. 3983) modifiziert. Art. 1 § 1 Satz 2 und § 3 ProstG enthalten Vorgaben für die bei der Anwendung des § 7 Abs. 1 SGB IV vorzunehmende Gewichtung der typusbildenden Merkmale.

b) Ein typusbildendes Merkmal von erheblicher Bedeutung für ein Beschäftigungsverhältnis ist die Vereinbarung bzw. die tatsächliche Handhabung des „Bereithaltens“ zu sexuellen Handlungen. Tragende Indizien ergeben sich aus einer entsprechenden Vergütungsstruktur mit einem Vergütungsanteil bereits für das Bereithalten und einer hierauf bezogenen Eingliederung in die Arbeitsorganisation des Weisungsgebers.

c) Art. 1 § 3 ProstG ist keine Vermutungs- oder Beweislastregelung zugunsten einer Beschäftigung.

2. Erkenntnisse, die aus einer Telefonüberwachung auf der Grundlage von § 100a StPO gewonnen wurden, dürfen mangels gesetzlicher Grundlage weder an den Träger der Rentenversicherung weitergegeben werden noch im Verwaltungsverfahren nach § 28f SGB IV oder im sozialgerichtlichen Verfahren verwertet werden. Das Beweisverwertungsverbot folgt u.a. aus Art. 10 GG und § 100b StPO.

Verfahrensgang

Tenor

Der Beschluss des Sozialgerichts Fulda vom 27. Oktober 2008 wird auf die Beschwerde der Antragsgegnerin insoweit abgeändert, als die aufschiebende Wirkung der Klage gegen den Bescheid vom 2. Oktober 2006 in der Fassung des Widerspruchsbescheides vom 22. April 2007 angeordnet wird, soweit die Festsetzung von Beiträgen und Säumniszuschlägen im angefochtenen Bescheid über die personenbezogene Festsetzung bezüglich der Beschäftigten C. in Höhe von 85,90 € hinausgeht. Im Übrigen wird der Antrag zurückgewiesen.

Im Übrigen wird die Beschwerde der Antragsgegnerin zurückgewiesen.

Die Kosten des Beschwerdeverfahrens hat die Antragsgegnerin zu tragen.

Der Streitwert wird auf 26.877,16 € festgesetzt.

Gründe

- 1 I. Die Antragstellerin begehrt die Anordnung der aufschiebenden Wirkung ihrer Klage gegen eine im Rahmen einer Betriebsprüfung erfolgte Festsetzung von Sozialversicherungsbeiträgen und Säumniszuschlägen.
- 2 Die Antragstellerin betreibt in A. unter dem Namen „P.P.“ eine Schankwirtschaft. Nach den Feststellungen der Antragsgegnerin hielten sich im Prüfzeitraum dort regelmäßig Prostituierte, ihre Freier sowie an den Dienstleistungen eines sog. Swinger-Clubs interessierte Kundinnen und Kunden auf. Der Betrieb ist nach den Feststellungen der Antragsgegnerin in den Räumen eines Mehrfamilienhauses untergebracht, dessen Eigentümer der Lebensgefährte der Antragstellerin, D., ist. Das Gebäude ist aufgeteilt in das Vorderhaus A. Straße x und das Hinterhaus A-Straße x A. Im hinteren Bereich befinden sich die von der Antragstellerin angemieteten Räumlichkeiten des „P.P.“. Die Wohnungen im Vorderhaus wurden nach den Feststellungen der Antragsgegnerin im Prüfzeitraum vornehmlich an mit deutschen Staatsangehörigen verheiratete Frauen thailändischer Herkunft vermietet. Am 22. September 2004 fand im gesamten Anwesen eine Hausdurchsuchung aufgrund eines Durchsuchungsbeschlusses des Amtsgerichts XY. vom 17. September 2004 statt. Ausweislich des Durchsuchungsberichts wurde zunächst die als Thekenkraft tätige E. dort angetroffen. Im weiteren Verlauf der Durchsuchung wurden drei Prostituierte osteuropäischer Herkunft z. T. mit falschen Dokumenten angetroffen, die später als F., G. und H. identifiziert werden konnten. Im Bereich der Theke wurden verschiedene handschriftliche Aufzeichnungen sichergestellt. In den Wohnungen der thailändischen Frauen wurden zum Teil Freier angetroffen; im Rahmen der staatsanwaltlichen Ermittlungen wurde davon ausgegangen, dass es sich bei dem Vorderhaus um ein Wohnungsbordell handelt.
- 3 Die Antragstellerin gab bei ihrer polizeilichen Vernehmung an, dass sie das Hinterhaus von ihrem Lebensgefährten für 5.000,-- € monatlich inklusive Nebenkosten angemietet habe und seit 2001 oder 2002 als „P.P.“ betreibe. Früher sei es ein „Verein für XXX“ gewesen. Sie habe zwei Angestellte, Frau C. sei selbstständig als Maniküre tätig und arbeite einige Stunden im „P.P.“. Schon vor fünf bis sechs Jahren habe eine I. im Club gearbeitet. Sie sei von einem Taxifahrer aus Ungarn gebracht und abgeholt worden. Vor einigen Tagen habe sie angerufen. Sie habe gefragt, ob sie mit Freundinnen nach A-Stadt kommen könne. Die Antragstellerin habe zugesagt. Sie sei davon ausgegangen, dass sie sexuelle Leistungen gegen Barzahlung habe anbieten wollen. Der Club sei attraktiver für die Kunden, wenn auch „willige“ Damen anwesend seien. Die Antragstellerin wisse nicht, wie viel die Damen für ihre sexuellen Leistungen gefordert hätten. Dies machten die Damen mit den Gästen persönlich aus. Für die Übernachtung seien 20,-- € pro Übernachtung von den Damen kassiert worden. Befragt zu den drei bei der Durchsuchung angetroffenen Prostituierten erklärte die Antragstellerin, dass zwei von ihnen kurz nacheinander im „P.P.“ erschienen seien. Die Damen seien seit Mai 2004 zwei- bis dreimal im „P.P.“ gewesen, jeweils nur für wenige Tage.
- 4 Frau E. gab bei ihrer Vernehmung an, dass sie nur das Eintrittsgeld abgerechnet habe. Sie identifizierte einen bei ihr gefundenen Zettel als solchen mit Namen von Prostituierten, deren Name notiert worden sei, wenn sie einen Freier gehabt hätten. Manchmal seien zwei bis drei Mädchen gekommen, einige mit dem Taxi, einige standen einfach vor der Tür. Sie seien meist ein paar Tage geblieben. Wo sie übernachtet hätten, wisse sie nicht genau, vermutlich im „S.“, das sei unterhalb des P.P. gelegen.
- 5 Die im Betrieb der Antragstellerin tätige C. gab bei ihrer polizeilichen Vernehmung an, dass sich die Frauen an der Theke Getränke hätten nehmen können, außerdem hätten sie am Buffet essen können. Eine halbe Stunde mit einer Prostituierten habe 55,-- € gekostet. Letzte Woche sei sie mit der Abrechnung beauftragt worden, die Antragstellerin habe sie eingewiesen. Die Frauen hätten 20,-- € pro halbe Stunde abgeben müssen. Wenn sie zwei Kunden am Abend gehabt hätten, hätten sie weitere

5,-- € für die Getränke, Kondome etc. abgeben müssen, bei drei oder mehr Kunden 10,-- €. Die Frauen hätten ihre Kunden auf einem Zettel hinter der Theke notiert. Die Damen hätten sich im Allgemeinen auch daran gehalten. Das Thekenpersonal sei von der Antragstellerin angewiesen worden, die Frauen entsprechend zu überwachen. Kondome hätten sich die Frauen abgeholt, wenn sie ihren Strich auf der Liste gemacht hätten. Die Pärchen hätten sich die Kondome kostenfrei abgeholt. Manche Gäste hätten vorne an dem Eingang zum Vorderhaus geklingelt. Der Eingangsbereich sei von der Theke über einen Monitor überwacht worden. Die Frauen hätten den Monitor verfolgen können, hätten diese Kunden abgeholt und in ihrem Appartement bedient und abkassiert. An dem Zettel an der Theke seien diese Kunden gesondert abgerechnet worden. Hierzu sei ein Kreuz auf der Rückseite deszettels eingetragen worden. Dies bedeute 50,-- €, wovon die Antragstellerin die Hälfte bekommen habe. Die Nutzung der Appartements hätten die Frauen gesondert bezahlen müssen. Von der Antragstellerin sei ihr gesagt worden, dass sie als Thekenkraft arbeiten solle, die Stelle sei als „Thekenkraft für 400,-- €“ angeboten worden. Wenn sie ihre Arbeit verrichtet habe, habe sie sich meist im Bereich der Theke aufgehalten. Sie habe Freitags bis Sonntags von ca. 17 bis 24 Uhr gearbeitet. Sie habe Quittungen über kosmetische Behandlung etc. ausgestellt. Den Lohn habe sie von der Antragstellerin oder ihrem Lebensgefährten in bar erhalten.

- 6 Bei ihrer Vernehmung gab die Prostituierte G. an, dass sie von einer Freundin gehört habe, dass man im „P.P.“ als Prostituierte Geld verdienen könne. Sie sei aus L. /Zypern kommend am 13. September 2004 allein in A.-Stadt eingetroffen. Sie habe geklingelt und die Antragstellerin gefragt, ob sie als Prostituierte arbeiten könnte, die Antragstellerin habe gesagt, dass dies kein Problem sei. Sie habe ein Zimmer zugewiesen bekommen und habe schon am Montag dort als Prostituierte gearbeitet. Sie habe 5,-- € pro Tag als Miete bezahlen müssen; „diese 20,-- €“ [Widerspruch im polizeilichen Protokoll] habe sie zusammen mit den 20,-- € Anteil vom Freiervedienst abgegeben. Die beiden anderen Frauen hätten auch als Prostituierte gearbeitet. Eine der beiden Frauen habe ihr erzählt, dass ein Gast 55,-- € bezahlen müsse; davon habe sie 20,-- € abgeben müssen. Die Gäste hätten vorher jedoch schon 55,-- € Eintritt bezahlen müssen. Weiterhin hätten zwei Ungarinnen als Prostituierte gearbeitet, von denen sie aber sonst nichts wisse. Diese zwei Frauen seien „von einem Mann“ gebracht worden.
- 7 Bereits am 23. März 2004 erfolgte eine Beschuldigtenvernehmung der Prostituierten J. durch das Polizeipräsidium XY./XY. Sie gab an, dass sie durch einen „K.“ und einen „L.“ aus der Ukraine nach Deutschland gelangt sei, um in Clubs zu arbeiten. Auf Veranlassung eines „K.“ sei sie in das Auto eines „M.“ gestiegen, der sie in den Betrieb der Antragstellerin gebracht habe. In diesem Club seien drei bis vier Mädchen gewesen, alle hätten russisch gesprochen. Später habe sie festgestellt, dass in diesem Club insgesamt acht bis zehn Mädchen gearbeitet hätten. Alle seien aus der ehemaligen Sowjetunion gekommen. „M.“ habe ihr seine Handynummer „für alle Fälle“ gegeben, die sie habe aufschreiben müssen, und ihr erklärt, ansonsten würden die anderen Mädchen Bescheid sagen, wenn er komme. Außerdem habe er gesagt, die Mädchen würden ihr „alles über die Arbeit im Club“ erklären. Er habe sie in den Bereich gebracht, wo sich die Schlaf- und Arbeitszimmer der Mädchen befänden. Die Mädchen hätten ihr gesagt, sie solle sich schminken und BH und Slip anziehen, wie die meisten. Sie habe die Sachen mitgenommen, denn um in den Club zu gelangen, müsse man um das Haus herum und durch einen anderen Eingang gehen. Dort komme man zunächst in einen Raum mit den Spinden für die Mädchen. Dort hätte sie sich umgezogen und sei dann in den eigentlichen Clubraum gegangen. Dieser sei „ziemlich groß“ und biete verschiedene Möglichkeiten, wo sich die Mädchen aufhalten könnten. Dann gäbe es noch eine Sauna, einen Whirlpool sowie ein Schwimmbassin. Die „Chefin des Clubs“ habe sie an diesem Tag auch noch kennengelernt, es sei eine mit einem Deutschen verheiratete Russin mit dem Vornamen A.. Die Mädchen hätten ihr dann die Preise und die dafür zu erbringenden sexuellen Leistungen erklärt. Dann hätten sie sie der Barfrau als „Neue“ vorgestellt und sie habe einen Spindschlüssel bekommen. Die Mädchen hätten ihr gesagt, dass „M.“ jede Woche, manchmal alleine, manchmal zusammen mit „K.“ zum Abkassieren vorbeikomme und sie wöchentlich 350,-- € zahlen müsse. Als „M.“ dann zum ersten Mal mit abkassiert habe, habe er zu ihr gesagt, dass sie noch 750,-- € Schulden für die Reise habe. Sie sei von Anfang September bis Mitte Oktober 2003 im

„P.P.“ gewesen. „M.“ habe sie dann in einem Club in der Nähe von L.-Stadt gebracht. Danach sei sie in das „A.“ gebracht worden, auch hier sei sie wöchentlich, entweder von „M.“ oder von „K.“ abkassiert worden.

- 8 Auf eine Information der Zollverwaltung (Finanzkontrolle Schwarzarbeit A.-Stadt) hin wurde die Antragsgegnerin tätig und wertete in der Folge u. a. auch die staatsanwaltlichen Ermittlungen aus. Der Antragsgegnerin wurde von der Staatsanwaltschaft bei dem Landgericht XY. das Ergebnis von Telefonüberwachungsmaßnahmen, u. a. bezüglich der Antragstellerin und D. bekanntgegeben. Der Abschlussbericht vom 28. Oktober 2004 befindet sich bei den Akten der Antragsgegnerin.
- 9 Infolge der Ermittlungen wurde auch die Steuerfahndungsstelle des Finanzamtes KH. tätig; insoweit wird auf den Bericht vom 22. Februar 2005 verwiesen, der Grundlage der daraufhin erlassenen Steuerbescheide des Finanzamtes AR. war. Diesbezüglich begehrte die Antragstellerin die Aussetzung der Vollziehung der Bescheide. Ein entsprechender Antrag vor dem Hessischen Finanzgericht wurde mit Beschluss vom 13. März 2006 - xxx - abgelehnt. Zur Begründung wurde ausgeführt (S. 10ff. des Beschlusses): „Der beschließende Senat geht nach Aktenlage bei summarischer Prüfung davon aus, dass es sich bei den im P.P. tätigen Prostituierten und Personen im steuerrechtlichen Sinne um Arbeitnehmer der Ast und nicht um Subunternehmer handelte. Angesichts der den Verwaltungsakten zu entnehmenden Zeugenaussagen gelangt der beschließende Senat bei summarischer Prüfung insbesondere zu der Auffassung, dass diese Personen unter der Leitung der Ast tätig wurden und im geschäftlichen Organismus der Ast deren grundsätzlichen Weisungen bzgl. des Betriebsablaufs zu folgen verpflichtet waren (...). Bei den für die Ast tätigen Personen handelt es sich auch nicht jeweils um Unternehmer im umsatzsteuerrechtlichen Sinne. (...) Bei summarischer Prüfung kommt der beschließende Senat zu dem Ergebnis, dass die Ast den Kunden des P.P. Räume (Nassbereich mit Schwimmbad, Sauna, Whirl-Pool, Dampfbad sowie weitere, verschieden eingerichtete Räume) zur Verfügung gestellt hat, in denen diese die Dienste von - in gewissen Zeitabständen wechselnden - Prostituierten beanspruchen konnten. (...) Nach Aktenlage hat die Ast durch umfangreiche Werbung (...) in der Öffentlichkeit auf ihren Club hingewiesen. Ferner ist bei summarischer Prüfung davon auszugehen, dass die Kunden den Club nur nutzen konnten, nachdem sie am videoüberwachten Eingang geklingelt hatten und daraufhin eingelassen wurden. Erst nach Zahlung eines der Höhe nach feststehenden Eintrittspreises (in Höhe von 55,- EUR für Herren) und nach dem Wegschließen der persönlichen Sachen in einen zugewiesenen Spind konnten die Kunden das Etablissement betreten. Angesichts der jeweiligen Aussage der Zeuginnen G. und J. zieht der beschließende Senat bei summarischer Prüfung den Schluss, dass der Preis von - weiteren - 55,- EUR pro Geschlechtsverkehr und halbe Stunde durch die Ast von vornherein und für alle Prostituierten verbindlich festgelegt worden war. Die gegenteilige Behauptung der Ast, dass sich das Preisniveau lediglich im Etablissement herumgesprochen habe, ohne dass sie insoweit Preise vorgegeben habe, wurde weder glaubhaft gemacht, noch findet dies bei summarischer Prüfung in der Aktenlage eine Stütze. Dass diese weiteren 55,- EUR zunächst durch die einzelnen Prostituierten vorab (d.h. vor dem Geschlechtsverkehr) von den Kunden kassiert wurden, kann sich bei summarischer Prüfung und bei steuerlicher Betrachtungsweise nicht zugunsten der Ast auswirken. Denn die Ast hat im Schriftsatz vom 19.08.2005 zum einen die vom Ag behauptete Existenz des Zettels mit Strichliste eingeräumt. Zudem hat die Ast zugegeben, dass durch die Strichliste habe festgehalten werden sollen, „wie oft man zu bestimmten Zwecken“ die Zimmer genutzt habe; auf dem Zettel seien die Namen der Mädchen verzeichnet gewesen, die dann hinter ihrem Namen die entsprechenden Striche gesetzt hätten. Der beschließende Senat zieht bei summarischer Prüfung nicht zuletzt hieraus den Schluss, dass die Strichliste zum einen der Dokumentation der täglichen Anzahl der durch die jeweiligen Prostituierten durchgeführten Geschlechtsverkehre und damit zum anderen auch der Überwachung der jeweiligen Prostituierten diene. Diese Prostituierten hatten bei summarischer Prüfung die zuvor von den jeweiligen Kunden vorab für den jeweiligen Geschlechtsverkehr kassierten Beträge in Höhe eines Teilbetrages von 20,- EUR an ihre Arbeitgeberin, die Ast, weiterzuleiten. Leistungsgegenstand der in diesem Zusammenhang durch die Prostituierten gegenüber dem jeweiligen Kunden erbrachten Leistung war nicht die

Zimmernutzung, sondern der Geschlechtsverkehr als solcher. Gerade für den Geschlechtsverkehr hatten die Kunden weitere (...) 55, EUR pro halbe Stunde zu zahlen, nicht jedoch für die Benutzung der einen oder anderen Räumlichkeit. Mithin partizipierte die Ast bei summarischer Prüfung an der Ausübung der Prostitution insoweit in direkter Weise, als sie die Prostituierten direkt für sich arbeiten ließ. Dem steht nicht entgegen, dass die einzelnen Prostituierten pro Geschlechtsverkehr zunächst 35,-- EUR behalten durften, wobei nach Aussage der Zeugin J. hiervon wöchentlich 350,-- EUR an einen Externen abzuführen waren. Der von der Klägerin geschaffene organisatorische Rahmen (kontrollierende Thekenkraft laut Aussage Zeugin C., abgestuftes Kassieren bei den Kunden für Eintritt und Geschlechtsverkehr, Bereitstellung diverser Räumlichkeiten) und die Weisungen in finanzieller Hinsicht (Abrechnungsmodalitäten, Stundensatz für Geschlechtsverkehr) gehen über ein bloßes zur Verfügung stellen von Räumlichkeiten zur Bedienung von Freiern hinaus."

- 10 Die streitgegenständlichen Steuerbescheide wurden später, nach Angabe der Finanzbehörden aus formellen Gründen, aufgehoben. Die Beschwerde gegen einen Beschluss des Amtsgerichts A.-Stadt, mit denen die staatsanwaltschaftliche Anordnung des dinglichen Arrests wenn das Vermögen der Antragstellerin richterlich bestätigt wurde, wurde mit Beschluss des Landgerichts XY. vom 4. Mai 2005 verworfen. Nach Anhörung der Antragstellerin setzte die Antragsgegnerin mit Bescheid vom 2. Oktober 2006 für die Zeit vom 1. September 2003 bis 31. August 2004 Nachforderungen zur Sozialversicherung in Höhe von insgesamt 80.631,48 € fest. Für die Zeit vom 15. Oktober 2003 bis 15. Mai 2006 enthält dieser Betrag Säumniszuschläge in Höhe von 16.504,-- €. Zur Begründung führte die Antragsgegnerin aus, dass bereits die Steuerfahndungsstelle beim Finanzamt KH. mit Kurzbericht vom 22. Februar 2005 die Feststellung getroffen habe, dass die Prostituierten im Bordell die Arbeitnehmer der Antragstellerin gewesen seien, da sie in die Organisation der Antragstellerin eingebunden und den Weisungen zu folgen verpflichtet gewesen seien. In ihrer Beschuldigtenvernehmung am 23. März 2004 bei dem Polizeipräsidium XY. habe die Prostituierte J. neben der G. wesentliche Angaben zu den tatsächlichen Verhältnissen tätigen können. Diese sei mit dem Ziel einer Arbeitsaufnahme in die Bundesrepublik Deutschland verbracht worden. Zuvor sei ihr dargelegt worden, dass jeder Club „seine Regeln“ habe. Weiterhin sei festgestellt worden, dass immer wieder neue Frauen im „P.P.“ gearbeitet hätten. Diese hätten nur wenige Tage oder Wochen bei der Antragstellerin verbracht, seien aber mehrfach innerhalb kurzer Zeitabstände zurückgekommen. Nach den Angaben der Angestellten C. sei der Eintritt in den Club dergestalt geregelt gewesen, dass männliche Einzelpersonen 55,-- € zu zahlen gehabt hätten. Die Geldbeträge seien nach dem Kassieren in einem Schließfach deponiert worden, wobei gleichzeitig die Anzahl der zahlenden Gäste auf einem Zettel notiert worden sei. Nach Einlass der Gäste hätten diese alle vorhandenen Räumlichkeiten nutzen und die anwesenden Frauen kontaktieren können. Sei es zu sexuellen Handlungen gekommen, habe der jeweilige Gast für eine halbe Stunde hierfür (weitere) 55,-- € bezahlen müssen. Hiervon hätten die Frauen - ebenfalls pro halbe Stunde - 20, € an die Antragstellerin abgeben müssen, so dass ein Betrag von 35,-- € den Prostituierten selbst verblieben sei. Über die genaue Anzahl der Gäste seien Aufzeichnungen gefertigt worden. Dies sei in der Form geschehen, dass die Frauen ihre Gäste auf einem Zettel notiert hätten, der sich hinter der Theke befunden habe und als Grundlage für die spätere Abrechnung gedient habe. Die Antragstellerin habe gegenüber dem Finanzamt AR. bereits die Existenz der Strichliste eingeräumt. Sie sei auch von unabhängig voneinander vernommenen Zeugen bestätigt worden und sei die Grundlage der betrieblichen Ablauforganisation gewesen. Der vorgetragene Umstand, diese Liste sei lediglich als Grundlage zur Nutzung der Räumlichkeiten durch die Prostituierten zur Ermittlung der Miete geführt worden, sei nicht glaubhaft. Leistungsgegenstand sei der Geschlechtsverkehr gewesen und nicht die Zimmernutzung. Der von den Prostituierten pro Geschlechtsverkehr einbehaltene Anteil stelle vielmehr den Lohn dar, welcher in der Historie des Betriebes seinen Ursprung finde. In den Vorjahren habe der Lebensgefährte einen Eintrittspreis für männliche Singles von zuletzt 200,-- DM festgelegt, in diesem Eintrittsgeld sei einmal Geschlechtsverkehr mit einer Prostituierten enthalten gewesen. Auch zu diesem Zeitpunkt sei die Zahl der Freier von der Thekenkraft notiert worden und der betreffenden Prostituierten 70,-- DM pro Geschlechtsverkehr ausgezahlt worden. Der

Zahlungsweg sei nur zur Verschleierung der Arbeitnehmereigenschaft geändert worden. Das Landgericht XY. habe in seinem Beschluss - unter Bezugnahme auf die Ergebnisse der Telefonüberwachung - ausgeführt, dass die Antragstellerin selbst die buchhalterische Aufgabe wahrgenommen habe und auch selbst aufgrund von Anrufen ausländischen Staatsangehörigen eine Tätigkeit im Betrieb in Aussicht gestellt beziehungsweise sogar verbindlich zugesichert habe. Insgesamt betrachtet habe die Antragstellerin durch die kontrollierenden Thekenkräfte, den beschriebenen Abrechnungsmodalitäten und abgestuften Leistungsentgelten bezüglich der Eintrittspreise, aufgeteilt nach Paaren, Singles und weiblichen Kunden, sowie weiteren Entgelten für den halbstündigen Geschlechtsverkehr einen organisatorischen Rahmen geschaffen, wobei die Prostituierten derartig in den Ablauf integriert gewesen seien, dass die Finanzbehörden folgerichtig eine Arbeitnehmereigenschaft festgestellt hätten. Schließlich habe die Antragstellerin als Betreiberin des „P.P.“ neben dem Swingerbetrieb ihren Kunden die Verschaffung von Geschlechtsverkehr insbesondere durch die Prostituierten angeboten und auch ausführen lassen. Die Antragsgegnerin führte im Bescheid zur Rechtslage aus, dass nach dem Gesetz zur Regelung der Rechtsverhältnisse der Prostituierten (ProstG) das Weisungsrecht eines Bordellbetreibers sich auf die Bestimmung von Ort und Zeit der Arbeitsleistung (hier: P.P., Saunabereich) beschränke. Daraus folge, dass für die Annahme eines Beschäftigungsverhältnisses von Prostituierten ausreiche, sich gegen ein vorher vereinbartes Arbeitsentgelt an einem vorgegebenen Ort für eine bestimmte Zeitdauer zur Verfügung zu halten, das Arbeitsentgelt also grundsätzlich unabhängig von der tatsächlichen Erbringung der sexuellen Handlung gewährt werde. Die Vereinbarung einer Grundvergütung zuzüglich eines flexiblen Vergütungsanteils in Abhängigkeit konkret erbrachter sexueller Einzelleistungen stehe der Annahme eines Beschäftigungsverhältnisses nicht entgegen. Eine abhängige Beschäftigung werde demnach schon dann ausgeübt, wenn sie durch ein insoweit eingeschränktes Direktionsrecht des Arbeitgebers bei einem Höchstmaß an Eigenverantwortung der Prostituierten und eine gewisse Eingliederung in den Betrieb gekennzeichnet sei. Zur personenbezogenen Festsetzung führte die Antragsgegnerin u.a. aus, dass unter Berücksichtigung der von Frau C. insgesamt in den in vorgegebener fester Arbeitszeit erledigten Arbeiten (Thekendienst, Kontrolle der Räumlichkeiten, Waschen der Wäsche) feststehe, dass sie in den Betriebsablauf eingegliedert gewesen sei und den Anweisungen der Antragstellerin Folge zu leisten gehabt habe. Auch aus einem Schriftsatz des Bevollmächtigten vom 20. Januar 2006 an das Hessische Finanzgericht gehe das Aufgabengebiet einer Thekenkraft hervor. Hinsichtlich des weiteren Inhalts des Bescheides wird auf die Ausfertigung in den Verwaltungsvorgängen der Antragsgegnerin verwiesen.

- 11 Hiergegen legte die Antragstellerin am 19. Oktober 2006 Widerspruch ein und trug zur Begründung vor, nach dem Inhalt der Akten und aller Zeugenvernehmungen stehe fest, dass keine Vereinbarung über die Zahlung einer Grundvergütung vorgelegen habe. Die Damen hätten nur dann etwas verdient, wenn sie sich tatsächlich mit irgendeinem männlichen Gast zum Zwecke des Geschlechtsverkehrs eingelassen hätten. Es sei auch nicht festgestellt, dass sich die Damen zu einer bestimmten Zeit im „P.P.“ aufzuhalten gehabt hätten. Die Aussage der Zeugin D. sei einseitig und missinterpretierend zu Lasten der Antragstellerin ausgewertet worden. Die Antragstellerin beruft sich auf die eidesstattliche Versicherung der Frau C. vom 22. Dezember 2006. Nach dem Abschlussbericht zur Telefonüberwachung vom 28. Oktober 2004 sei die Erkenntnis gewonnen worden, dass die Nachfrage von den überwiegend männlichen, alleine kommenden Gästen, ob auch Sex mit den Damen durchgeführt werden könne und was es kosten würde, am Telefon damit beantwortet worden sei, dass dies und der damit verbundene Preis mit den jeweiligen Frauen selbst auszumachen sei.
- 12 Die Antragsgegnerin wies den Widerspruch mit Widerspruchsbescheid vom 22. April 2007, zugestellt am 15. Juni 2007, zurück. Zur Begründung führte sie ergänzend zu ihrem Bescheid vom 2. Oktober 2006 aus, dass die in der eidesstattlichen Versicherung von Frau C. gemachten Angaben im Widerspruch zu ihrer polizeilichen Vernehmung vom 22. September 2004 stünden. Der Bevollmächtigte der Antragstellerin habe bereits im Schriftsatz vom 18. Juli 2006 die Zahlung der Kunden von 55,- € für halbstündigen Geschlechtsverkehr eingeräumt.

- 13 Hiergegen erhob die Antragstellerin am 13. Juli 2007 Klage bei dem Sozialgericht Fulda. Die Klage wird dort unter dem Aktenzeichen S 2 R 257/07 geführt.
- 14 Der vorliegende Antrag auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung dieser Klage ist am 15. August 2007 bei dem Sozialgericht Fulda eingegangen. Die Antragstellerin hat vorgetragen, dass die Antragsgegnerin keine eigenen Ermittlungen angestellt habe. Sie stütze sich im Wesentlichen auf den Beschluss des Hessischen Finanzgerichts vom 13. März 2006. Bei dem dortigen Verfahren habe es sich auch nur um ein summarisches Verfahren gehandelt. Selbst wenn es nach den Aussagen der Zeuginnen G. und J. der Fall gewesen sein sollte, dass ein Preis von 55,- € pro Geschlechtsverkehr festgelegt worden sei, könne dies für eine Arbeitnehmereigenschaft nicht ausreichen, da es sich dann immer noch um Subunternehmerinnen gehandelt haben könnte, die, ohne an gewisse Arbeitszeiten gebunden zu sein, tätig sein könnten, „wann und wie oft sie wollten“. Frau C. C. habe bestätigt, dass die Damen bei der Preisfestlegung völlig frei gewesen seien. Wenn für die Zimmerbenutzung 20,- € mit den Damen vereinbart worden sei, habe zum Zwecke des Festhaltens der Zahl der Zimmernutzung eine Strichliste geführt werden müssen. Das Führen dieser Strichliste sei bezüglich ihres Zweckes ohne Aussagekraft. Woraus sich nach der Argumentation des Finanzgerichts der Schluss ergeben solle, dass diese Strichliste auch für die Überwachung der jeweiligen Prostituierten diene, sei nicht nachzuvollziehen. Der Zweck erschöpfe sich schlicht in dem Festhalten der Anzahl der Zimmerbenutzungen. Es sei nicht zu erkennen, dass es irgendwelche Abrechnungsmodalitäten gegeben habe, die auf eine Arbeitnehmereigenschaft hindeuteten. Dies sei auch vom Finanzgericht nicht weiter ausgeführt worden. Die eidesstattliche Versicherung der Zeugin C. sei lediglich eine Klarstellung der vorherigen Aussagen. Aus dem Abschlussbericht zur Telefonüberwachung werde ersichtlich, dass eine Dienstleistung „Geschlechtsverkehr“ von der Antragstellerin nicht angeboten worden sei. Aus der polizeilichen Vernehmung des Zeugen Sch. sei ersichtlich, dass für die Ausübung des Geschlechtsverkehrs verschiedene Preise zwischen 50,- und 100,- € genannt worden seien. Dies spreche gegen eine Preisfestlegung durch die Antragstellerin. Inzwischen gehe das Finanzamt KH. nach dem Schreiben vom 6. Oktober 2008 davon aus, dass die Prostituierten im Betrieb der Antragstellerin gewerblich und nicht als Beschäftigte tätig seien. Die Antragsgegnerin hat ausgeführt, dass das Vorbringen der Antragstellerin bereits bei Erteilung des Widerspruchsbescheides bekannt gewesen und entsprechend berücksichtigt worden sei. Die Beitragsnachforderung beruhe nicht ausschließlich auf den Ausführungen im Beschluss des Hessischen Finanzgerichts, sondern auch auf den Feststellungen des Finanzamts AR. und den vorangegangenen Ermittlungen. Das Finanzamt habe für die Aussetzung der Steuernachforderungen keinen Raum gesehen.
- 15 Das Sozialgericht Fulda hat mit Beschluss vom 27. Oktober 2008, der Antragsgegnerin zugestellt am 6. November 2008, die aufschiebende Wirkung der Anfechtungsklage S 2 R 257/07 gegen den Bescheid vom 2. Oktober 2006 in der Fassung des Widerspruchsbescheides vom 22. April 2007 angeordnet. Als Arbeitsentgelt - dem maßgeblichen Anhaltspunkt für die Lohnsummenschätzung - kämen nur Einnahmen in Betracht, die aus einer Beschäftigung erzielt worden seien. Eine Beschäftigung in einem Arbeitsverhältnis sei nicht feststellbar, da eine Verpflichtung einer Frau, sexuelle Dienstleistungen zu erbringen, nicht wirksam begründet werden könne. Daran ändere auch das Gesetz zur Regelung der Rechtsverhältnisse der Prostituierten nichts. Im Übrigen sehe das Gericht keine ausreichenden Belege dafür, dass die Antragstellerin mit den im „P.P.“ anwesenden Prostituierten ein vorher vereinbartes Entgelt abgesprochen habe. Ohne tragfähige Begründung bejahe der Bescheid vom 2. Oktober 2006 die Frage, dass sich die Prostituierten für die Erbringung derartiger sexueller Handlungen für eine bestimmte Zeitdauer bereitgehalten hätten. Aus den dort aufgeführten Tatsachen ergebe sich nicht, dass eine bestimmte Zeitdauer der Anwesenheit abgesprochen worden sei. In der Ermittlungsakte des Versicherungsträgers sehe das Gericht auch keine anderen Belege, die die Feststellung tragen könnten, dass bestimmte Arbeits- oder Bereitschaftszeiten vereinbart worden seien. Damit fehlten die im ProstG genannten tatsächlichen Verhältnisse, die es erlaubten, von einer Beschäftigung der Prostituierten zu sprechen.
- 16 Die Beschwerde der Antragsgegnerin ist am 1. Dezember 2008 bei dem Hessischen Landessozialgericht in Darmstadt eingegangen.

- 17 Die Antragsgegnerin und Beschwerdeführerin bezieht sich auf das Vorbringen im Antragsverfahren und auf den Beschluss des Hessischen Finanzgerichts vom 13. Juni 2006. Das Sozialgericht habe in seinem Beschluss diverse tatsächliche Gesichtspunkte des Falles nicht berücksichtigt. Der Bescheid der Antragsgegnerin fuße auf den Ermittlungen im Strafverfahren wegen illegaler Beschäftigung von Ausländern durch die Antragstellerin sowie Herrn D.. Die Antragsgegnerin und Beschwerdeführerin beruft sich dementsprechend auf ein Urteil des Landgerichts XY. vom 3. August 2007 - xxx-, wonach die Antragstellerin wegen gewerbsmäßigem Einschleusen von Ausländern in sechs Fällen zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von 11 Monaten verurteilt wurde, deren Vollstreckung zur Bewährung ausgesetzt wurde. Dem Urteil sei zu entnehmen, dass die Antragstellerin die osteuropäischen Mädchen in die Tätigkeit bzw. die Zimmer eingewiesen habe. Anrufer im Betrieb der Antragstellerin hätten sich danach erkundigt, ob und wie viele neue Frauen eingetroffen und welche „zu haben“ gewesen seien. Stammkunden habe Auskunft gegeben werden können, ob Frauen nach deren Geschmack darunter gewesen seien. So habe Frau E. einem Anrufer am 8. September 2004 mitgeteilt, dass der gesamte „Stall“ voll mit Frauen sei. Die Aufnahme der Frauen in den Club sei mit der Erwartung einer Präsenz für gewisse Dauer verbunden gewesen. In einer SMS-Korrespondenz vom 4. September 2004 zwischen der Antragstellerin und einer Frau habe es geheißen: „... wenn wir auf dich rechnen das du eine Woche bleibst, kannst Du nicht nach zwei Tagen abhauen.“ Und: „...wenn du nicht bis 31. September bleibst brauchst du nicht mehr zu kommen.“ Die Frauen hätten nicht „kommen und gehen können wann sie wollten“. Das Bestehen eines umfassenden Weisungsrechts der Antragstellerin folge aus der Tatsache, dass die Antragstellerin eine Vergütung für sexuelle Dienstleistungen, die außerhalb der Räume des „P.P.“ erbracht worden seien, beansprucht habe. Die Frauen seien in den Betrieb der Antragstellerin umfassend eingegliedert gewesen und hätten den Ort der Dienstleistung nicht wirklich frei bestimmen können. Die Gäste, die schon im „P.P.“ gewesen seien, seien demgegenüber nicht auf die Apartments der Frauen gegangen. Sie ist der Rechtsauffassung, dass Art. 1 § 3 ProstG eine Beweislastverschiebung bewirke, wonach sich die Antragstellerin nicht auf das angebliche Fehlen von Weisungen berufen könne. Denn Art. 1 § 3 ProstG bestimme, dass bei Prostituierten das eingeschränkte Weisungsrecht im Rahmen einer abhängigen Tätigkeit der Annahme einer Beschäftigung im Sinne des Sozialversicherungsrechts nicht entgegenstehe. Nicht mit dem Gesetzeswortlaut im Einklang stehe dabei die Betrachtung des Sozialgerichts, die, gestützt auf Art. 1 § 1 Satz 2 ProstG, Weisungen wegen einer bestimmten Arbeitszeit fordere. Außerdem könne in der Preisvorgabe von 55,-- € für eine halbe Stunde sexueller Dienste durchaus eine Anordnung zur Arbeitszeit gesehen werden. Aufgrund der Vorschriften in Art. 1 § 3 ProstG seien vielmehr die Umstände entscheidend, aus denen sich die betriebliche Eingliederung der Prostituierten in eine fremdbestimmte Betriebsorganisation ergäbe, die hier offenbar vorlägen. Es sei rechtlich unerheblich, dass die Prostituierten keinen Grundlohn für einen Bereitschaftsdienst erhalten hätten. Damit würde der Typus einer angestellten Prostituierten vorausgesetzt, der praktisch so nicht anzutreffen sei. Es liefe dem Schutzzweck des ProstG zuwider, wenn die Vorschriften des Art. 1 § 1 ProstG mit der schlichten Behauptung eines Leistungslohnes unterlaufen werden könnten. D. habe die freie Unterkunft dreier Damen eingeräumt, damit diese im „P.P.“ arbeiten könnten. Die Antragstellerin könne nicht bestreiten, dass die Grundvergütung auch in der Gewährung von Sachbezügen bestehen könne.
- 18 Die Antragsgegnerin und Beschwerdeführerin beantragt sinngemäß, den Beschluss des Sozialgerichts Fulda vom 27. Oktober 2008 aufzuheben und den Antrag der Antragstellerin auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung der Klage beim Sozialgericht Fulda vom 12. Juli 2007 – S 2 R 257/07 R - gegenüber dem Bescheid vom 2. Oktober 2006 und Widerspruchsbescheid vom 22. April 2007 zurückzuweisen.
- 19 Die Antragstellerin und Beschwerdegegnerin beantragt sinngemäß, die Beschwerde zurückzuweisen.
- 20 Sie wiederholt und vertieft den bisherigen Vortrag unter Berufung auf die erstinstanzliche Entscheidung. Zu Recht sei vom Sozialgericht verneint worden, dass sich die Damen „für eine bestimmte Zeitdauer bereitgehalten“ hätten. Aus der Preisgestaltung könne nicht auf ein Beschäftigungsverhältnis geschlossen werden.

- 21 Zum Sach- und Streitstand im Übrigen wird auf den Inhalt der Gerichtsakte, der Gerichtsakte des Hauptsacheverfahrens (SG Fulda S 2 R 257/07), der Verwaltungsakten der Antragsgegnerin (zwei Bände), der Akten der Staatsanwaltschaft bei dem Landgericht ...- (Duplo-Beweismittelordner B und C) Bezug genommen.
- 22 Dem Gericht ist über die Antragsgegnerin die Nebenakte 2 der o.g. Akte der Staatsanwaltschaft bei dem Landgericht XY. („Telefonüberwachung“) übersandt worden.
- 23 II. Die zulässige Beschwerde ist hinsichtlich der Vollziehbarkeit des Summenbescheides unbegründet; lediglich soweit die aufschiebende Wirkung der Klage gegen die personenbezogene Festsetzung Frau C. betreffend angeordnet wurde, ist die Beschwerde begründet.
- 24 Das Sozialgericht hat zu Recht die aufschiebende Wirkung der Klage angeordnet, soweit durch die Antragsgegnerin in Form des Beitragssummenbescheides Beiträge und Säumniszuschläge in Höhe von 80.545,58 € festgesetzt wurden, da ernstliche Zweifel an der Rechtmäßigkeit der Beitragsfestsetzung bestehen.
- 25 Die gerichtliche Entscheidung über die Anordnung der aufschiebenden Wirkung nach § 86b Abs. 1 Nr. 2 Sozialgerichtsgesetz ergeht aufgrund einer Interessenabwägung. Besteht der angegriffene Verwaltungsakt in einer Entscheidung über Beitragspflichten bzw. der Anforderung von Beiträgen (§ 86a Abs. 2 Nr. 1 SGG), so ist auf den Maßstab zur behördlichen Aussetzungsentscheidung zurückzugreifen, da § 86b Abs. 1 SGG keine eigenen Kriterien für die gerichtliche Entscheidung enthält. Die Anordnung der aufschiebenden Wirkung der Klage kommt nach § 86a Abs. 3 Satz 2 SGG nur bei ernstlichen Zweifeln an der Rechtmäßigkeit des angegriffenen Bescheides in Betracht oder wenn die Vollziehung für den Pflichtigen eine unbillige, nicht durch überwiegende öffentliche Interessen gebotene Härte zur Folge hätte. Ernstliche Zweifel bestehen, wenn aufgrund der summarischen Prüfung der Sach- und Rechtslage ein Erfolg des Rechtsbehelfs im Hauptsacheverfahren wahrscheinlicher ist als der Misserfolg (LSG Rheinland-Pfalz, Beschluss vom 9. Dezember 2004 – L 5 ER 95/04 KR -; Keller in: Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer, SGG, 9. Aufl., § 86b Rdnr. 12b und § 86a Rdnr. 27a m. w. N.).
- 26 Es bestehen ernstliche Zweifel an der Rechtmäßigkeit des angefochtenen Beitragssummenbescheides, da nach summarischer Prüfung die von der Antragsgegnerin ermittelten, an die Prostituierten gezahlten Beträge nicht als Summe eines den Prostituierten gezahlten Arbeitsentgelts angesehen werden können. Der Senat ist nach Aktenlage nicht davon überzeugt, dass die Tätigkeit der Prostituierten in Form eines Beschäftigungsverhältnisses erfolgte.
- 27 Als Rechtsgrundlage der nicht personenbezogenen Festsetzung kommt allein § 28f Abs. 2 Sozialgesetzbuch Viertes Buch – Gemeinsame Vorschriften für die Sozialversicherung – (SGB IV) in Betracht. Nach dessen Satz 1 kann der prüfende Träger der Rentenversicherung den Gesamtsozialversicherungsbeitrag von der Summe der vom Arbeitgeber gezahlten Arbeitsentgelte geltend machen, wenn ein Arbeitgeber die Aufzeichnungspflicht nicht ordnungsgemäß erfüllt hat und dadurch die Versicherungs- oder Beitragspflicht oder die Beitragshöhe nicht festgestellt werden können. Satz 1 gilt nach Satz 2 nicht, soweit ohne unverhältnismäßig großen Verwaltungsaufwand festgestellt werden kann, dass Beiträge nicht zu zahlen waren oder Arbeitsentgelt einem bestimmten Beschäftigten zugeordnet werden kann. Vorausgesetzt wird trotz der mit der Vorschrift bewirkten Erleichterung auf der Ebene der Tatsachenermittlung, dass ungeachtet eines Verstoßes gegen die Aufzeichnungspflicht mit hinreichender Gewissheit das Bestehen von Beschäftigungsverhältnissen als Grundlage der Beitragspflicht feststeht. Schließlich kommen als Arbeitsentgelt bereits begrifflich nach § 14 Abs. 1 Satz 1 SGB IV nur die „aus einer Beschäftigung“ erzielten Einnahmen in Betracht.
- 28 Nach der allgemeinen Regelung des § 7 Abs. 1 Satz 1 SGB IV ist Beschäftigung die nichtselbstständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis. Anhaltspunkte für eine Beschäftigung sind eine Tätigkeit nach Weisungen hinsichtlich Zeit, Dauer, Ort und Art der Ausführung sowie eine Eingliederung in die Arbeitsorganisation des Weisungsgebers (vgl. § 7 Abs. 1 Satz 2 SGB IV). Demgegenüber ist eine selbstständige

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 selbstständig tätig ist, hängt davon ab, welche Merkmale überwiegen. Maßgebend ist stets das Gesamtbild der Arbeitsleistung, welches sich nach den tatsächlichen Verhältnissen bestimmt. Diese Grundsätze werden durch das Gesetz zur Regelung der Rechtsverhältnisse der Prostituierten (ProstG) vom 20. Dezember 2001 (BGBl. I S. 3983) modifiziert. Art. 1 § 1 ProstG regelt in Satz 1 nicht nur die (zivilrechtliche) Wirksamkeit des Vergütungsanspruchs. Mit Satz 2 wird für das Sozialversicherungsrecht klargestellt, dass Prostitution sowohl selbstständig als auch im Rahmen eines Beschäftigungsverhältnisses mit allen sozialversicherungsrechtlichen Konsequenzen ausgeübt werden kann (vgl. auch BT-Drucks. 14/5958, S. 5). Die Tätigkeit, auf die sich die Prüfung des Vorliegens einer Beschäftigung bezieht, ist dabei jedoch nicht die sexuelle Handlung selbst, sondern dass sich die Prostituierte für die Erbringung derartiger Handlungen gegen ein vorher vereinbartes Entgelt für eine bestimmte Zeitdauer „bereithält“ (Art. § 1 Satz 2 letzter Halbsatz ProstG). Konsequentermaßen regelt Art. 1 § 3 ProstG, dass bei Prostituierten das eingeschränkte Weisungsrecht im Rahmen einer abhängigen Tätigkeit der Annahme einer Beschäftigung im Sinne des Sozialversicherungsrechts nicht entgegensteht. Art. 1 § 1 Satz 2 und § 3 ProstG enthalten damit nach Auffassung des Senats Vorgaben für die bei der Anwendung des § 7 Abs. 1 SGB IV vorzunehmende Gewichtung der typusbildenden Merkmale: Ein typusbildendes Merkmal von erheblicher Bedeutung für ein Beschäftigungsverhältnis ist die Vereinbarung bzw. die tatsächliche Handhabung des „Bereithaltens“ zu sexuellen Handlungen. Tragende Indizien ergeben sich aus einer entsprechenden Vergütungsstruktur mit einem Vergütungsanteil bereits für das Bereithalten und einer hierauf bezogenen Eingliederung in die Arbeitsorganisation des Weisungsgebers. Sind Indizien für ein Weisungsrecht nur gering ausgeprägt, so spricht dies allein noch nicht mit erheblichem Gewicht gegen eine Beschäftigung bzw. auch nicht für Selbstständigkeit. Art. 1 § 3 ProstG kann hingegen bereits nach dem Wortlaut nicht als Vermutungs- oder Beweislastregelung zugunsten der Beschäftigung verstanden werden. Vielmehr ermöglicht die Vorschrift erst eine der verfassungsrechtlichen Fundierung des sexuellen Selbstbestimmungsrechts genügende Anknüpfung der sozialversicherungspflichtigen Beschäftigung an eine „Abhängigkeit“. Der gesetzliche Hinweis auf ein eingeschränktes Weisungsrecht entspricht der Abschwächung des Weisungsrechts in anderen Bereichen, ist aber von materiell-rechtlicher und nicht von beweisrechtlicher Bedeutung. Ungeachtet aller mit dem ProstG verbundenen Zielkonflikte (dazu eingehend: Budde, Die Auswirkungen des Prostitutionsgesetzes auf die Sozialversicherung, Diss. iur. Tübingen 2006, S. 29 ff., 238 ff.) stehen nach der gesetzlichen Wertung Prostitution als Beschäftigung und Prostitution als selbstständige Tätigkeit abstrakt gleichrangig nebeneinander.

- 29 Nach summarischer Prüfung unter Berücksichtigung des Ermittlungsstandes zum Zeitpunkt des Erlasses des Widerspruchsbescheides (zum maßgeblichen Zeitpunkt vgl. BSG, Urteil vom 7. Februar 2002 - B 12 KR 12/01 R – juris) kann nicht von einer Beschäftigung von Prostituierten ausgegangen werden. Hiergegen sprechen zum einen die Ausgestaltung der Zahlungs- und sonstigen Leistungsverhältnisse zwischen Antragstellerin, den Prostituierten und den Freiern sowie die Existenz von Zuhältern im Umfeld der bei der Antragstellerin angetroffenen Prostituierten zum anderen. Demgegenüber sind die Indizien, die für eine Eingliederung in die Betriebsorganisation der Antragstellerin sprechen, von geringerem Gewicht. Zu Lasten der Antragsgegnerin besteht ein Verwertungsverbot hinsichtlich der aus der Telefonüberwachung gewonnenen Erkenntnisse.
- 30 Gegen ein Beschäftigungsverhältnis spricht in ganz erheblichem Maße die Ausgestaltung der Zahlungs- und sonstigen Leistungsverhältnisse zwischen Antragstellerin, den Prostituierten und den Freiern. Die meisten vernommenen Zeugen bestätigten einen Preis für Geschlechtsverkehr pro halber Stunde von 55,-- €, von denen die Prostituierten 20,-- € an die Antragstellerin abführen mussten. Allein der Clubgast Sch. gab an, andere Preise gehört zu haben; er selbst habe aber nichts bezahlt. Die Prostituierte G. gab an, darüber hinaus 5,-- oder 20 € pro Tag für die Wohnung abzuführen, das Protokoll ist insoweit mehrdeutig. Ein Vergütungsbestandteil allein für das Bereithalten zu sexuellen Handlungen ist weder von einem der Beteiligten

vorgetragen noch sonst ersichtlich. Dabei geht der Senat mit der Antragsgegnerin davon aus, dass ein solcher Vergütungsbestandteil nicht notwendigerweise in einer Grundlohnzahlung bestehen muss. Kostenfreie Kost und Logis würde dieses Merkmal ebenso erfüllen wie andere regelmäßig geleistete Vergünstigungen, die nicht von der Prostituierten bezahlt werden müssen. Die von den meisten Personen vorgetragene Zahlungsregelung lässt indes keinerlei Bezug zum Bereithalten erkennen, da nach den Aussagen entweder für die Nutzung der Räumlichkeiten zum Geschlechtsverkehr und/oder für Speisen und Getränke und/oder für die Wohnung der Prostituierten ein Entgelt durch die Antragsgegnerin von den Prostituierten kassiert wurde. Insbesondere der Zweck der von mehreren Personen bestätigten Zahlung von 20,-- € an die Antragstellerin kann nach den Aussagen unterschiedlich bewertet werden. Den von den Freiern gezahlten Lohn für die sexuellen Dienstleistungen kassierten nach übereinstimmendem Vortrag die Prostituierten selbst, so dass sich die Zahlungen der Prostituierten an die Antragstellerin als Gegenleistungen für die Infrastruktur darstellten und nicht umgekehrt das Behaltendürfen als Lohn für das Bereithalten für sexuelle Dienstleistungen. Es geht nach der materiellen Beweislast zu Lasten der Antragsgegnerin, dass die Zwecke und Anteile der einzelnen Leistungen bzw. Honorare angesichts der divergierenden Angaben der von der Polizei vernommenen Personen nicht mit hinreichender Gewissheit aufgeklärt wurden. Offen bleiben kann nach Auffassung des Senats, ob die Antragstellerin die oben genannte Honorarstruktur verbindlich vorgab. Selbst wenn dies der Fall gewesen sein sollte, so spricht dies nicht zwingend gegen eine Selbstständigkeit der Prostituierten. Eine entsprechende Vorgabe könnte bereits deshalb im Interesse der Antragstellerin gelegen haben, weil z. B. ein Preiswettbewerb nicht erwünscht ist. Als neutral stellt sich aus Sicht des Senats das Führen einer Strichliste dar, da bei beiden von den Beteiligten vorgetragenen Zweckrichtungen der Zahlungen eine entsprechende Kontrolle aus Sicht der Antragstellerin nachvollziehbar ist, ohne dass daraus zwingend eine Überwachung des „Bereithaltens“ folgt. Aus sozialrechtlicher Sicht ist schließlich die vom Hessischen Finanzgericht im Beschluss vom 13. März 2006 im steuerrechtlichen Kontext vorgenommene Bewertung irrelevant, wonach die Kunden für den Geschlechtsverkehr 55,-- € pro halbe Stunde zahlten, nicht jedoch für die Benutzung der einen oder anderen Räumlichkeit. Für die Anwendung von Art. 1 §§ 1, 3 ProstG in Verbindung mit § 7 Abs. 1 SGB IV ist maßgebend, ob sich die bei den Prostituierten nach Abzug von 20,-- € verbleibenden 35,-- € Verdienst pro halber Stunde Geschlechtsverkehr als Zahlung der Antragstellerin für das Bereithalten zu sexuellen Handlungen oder aber als Zahlung des Freiers als Auftraggeber für sexuelle Handlungen darstellten. Aus den oben genannten Erwägungen fehlt es an hinreichenden Indizien für die erste Variante.

- 31 Ein maßgebliches Kriterium gegen die Annahme von Beschäftigungsverhältnissen zwischen den Prostituierten und der Antragstellerin ist die Rolle der Personen „K.“, „M.“ und „L.“, wie sie sich im Rahmen der staatsanwaltschaftlichen Ermittlungen herausstellte und insbesondere aus der Aussage der Prostituierten J. ergibt. Hiernach sorgten vorrangig diese Personen dafür, welche Prostituierten nach Deutschland reisten und in welchen Zeiträumen diese auch im Club der Antragstellerin arbeiteten. Sie bestimmten damit auch über Ort und Zeit der Tätigkeit. Die Aussage der J. stimmt insoweit auch mit den Angaben der Antragstellerin und weiteren Erkenntnissen überein, wonach die Prostituierten häufig nur wenige Tage in dem Betrieb der Antragstellerin anwesend waren. Auch dies spricht dafür, dass die Zuhälter kontrollierten, welche Prostituierten wann in welchem Club tätig wurden. Die insbesondere aus der Aussage der J. zu Tage tretende Weisungsabhängigkeit der Prostituierten zum Zuhälter schließt im Verhältnis zur Antragstellerin ein Weisungsrecht aus. Abzugrenzen wäre bei hinreichender Tatsachenermittlung insoweit ein Beschäftigungsverhältnis zwischen Club-Betreiber und Prostituierte einerseits und Zuhälter und Prostituierte andererseits. Sozialversicherungsrechtlich ist die Konkurrenz dieser Sichtweisen möglich (vgl. Budde a.a.O., S. 80 f., 85 f.). Insoweit steht nicht zur hinreichenden Überzeugung des Senats fest, dass bei den von Zuhältern abhängigen Prostituierten gerade ein eigenes abgeschwächtes Direktionsrecht der Antragstellerin bestanden haben könnte.
- 32 Demgegenüber sind die Indizien, die für die Eingliederung in die Arbeitsorganisation der Antragstellerin sprechen, gering zu gewichten. Die protokollierten Aussagen der Prostituierten lassen sich zum einen dahingehend deuten, dass den aus Osteuropa

stammenden Prostituierten ohne weitere Klärung von Details die Ausübung ihrer Tätigkeit im „P.P.“ gestattet wurde (so die Prostituierte G.), was für eine Selbstständigkeit spricht. Zum anderen spricht die Aussage der Prostituierten J.– wie eben ausgeführt – für ein starkes Abhängigkeitsverhältnis zu den Zuhältern. Selbst wenn eine Eingliederung in die Arbeitsorganisation der Antragstellerin erkennbar wäre, so handelte es sich unter Zugrundelegung dieser Aussage um eine von den Zuhältern abgeleitete Direktionsmacht. Die an der Theke über die Prostituierten geführte „Strichliste“ ist nicht ein Instrument der Überwachung, das Rückschlüsse auf eine Beschäftigung zuließe; zu Recht weist die Antragstellerin darauf hin, dass sie ein wirtschaftliches Interesse an der vollständigen Bezahlung des aus ihrer Sicht für die Zimmernutzung angefallenen Entgelts habe, welches die Liste rechtfertige. Für eine Eingliederung spricht zwar im Übrigen, dass eine gewisse Infrastruktur speziell für die Prostituierten bereitgehalten wurde, die im Falle der Selbstständigkeit nicht selbstverständlich wäre, etwa das Bereithalten von Spinden und Kondomen (vgl. insoweit den für eine Beschäftigung sprechenden Tatbestand im Urteil des LSG Rheinland-Pfalz vom 24. Januar 2008 - L 1 AL 97/06 - juris) und die den Prostituierten eingeräumte Sonderstellung bei Speisen und Getränken. Nach der o. g. Bewertung der Zahlungspraxis könnten sich diese Leistungen aber auch als zu bezahlendes Angebot an selbstständige Prostituierte darstellen. Die Aussage der Frau C. wurde von der Polizei dahingehend protokolliert, dass die Prostituierten bei mehreren Kunden am Abend u. a. für die Kondome hätten zahlen müssen. An Swinger-Club-Pärchen seien die Kondome kostenlos abgegeben worden. Auch soweit man die vorgenannten Umstände unter dem Gesichtspunkt des Fehlens einer eigenen Betriebsstätte und fehlender Betriebsmittel würdigt, kommt ihnen kein hohes Gewicht zu. Für Betriebsmittel sind regelmäßig keine größeren Investitionen erforderlich, so dass dieses Kriterium für die Abgrenzung von geringer Aussagekraft ist. Ein Abstellen auf die Abgrenzung von Bordellprostitution zur Wohnungsprostitution – wie offenbar von der Antragsgegnerin bezüglich der Prostituierten thailändischer Herkunft im Vorderhaus angenommen – erscheint angesichts der hiervon unabhängigen, insbesondere von der Prostituierten J. geschilderten Machtverhältnisse im Milieu willkürlich, zumal auch Erscheinungsformen von Bordellbetrieben denkbar sind, die sich weitestgehend auf das Vermieten von Zimmern an selbstständige Prostituierte beschränken (vgl. den Eintrag „Laufhaus“ bei de.wikipedia.org - Version vom 7. März 2009). Welche Bedeutung die Wohnungsbereitstellung durch den D. hat, wurde durch die Antragsgegnerin nicht hinreichend aufgeklärt, so dass diese Leistung der Antragstellerin ohne den Nachweis weiterer Abreden nicht zugerechnet werden kann. Schließlich spricht auch der Vortrag der Antragsgegnerin im Beschwerdeverfahren, dass die Antragstellerin eine Vergütung für sexuelle Dienstleistungen, die außerhalb der Räume des „P.P.“ erbracht worden seien, beansprucht habe, nicht für ein Beschäftigungsverhältnis. Die entsprechenden Feststellungen sind mehrdeutig. Eine Aussage von Frau C. wurde im Rahmen der polizeilichen Vernehmung dahingehend protokolliert, dass die Kunden an der Tür zum Vorderhaus abgeholt und im Appartement der Prostituierten bedient und abkassiert worden seien. Es sei insoweit von 50,-- € ausgegangen worden, von denen die Antragstellerin „die Hälfte bekommen“ habe. Aus der abweichenden Verteilungsregelung – deren wirtschaftliche Hintergründe dem Senat verborgen geblieben sind – ergibt sich kein Indiz für oder gegen ein Beschäftigungsverhältnis. Im Übrigen bleibt denkbar, dass die Vergütung der Antragstellerin sich insoweit als eine Art Maklercourtage für die Freier darstellt.

- 33 Die von der Antragsgegnerin und Beschwerdeführerin angeführten, im Rahmen der Telefonüberwachung gewonnenen Erkenntnisse (SMS-Nachrichten, „Arbeitsangebote“ durch die Antragstellerin) können nicht zu Lasten der Antragstellerin verwertet werden. Es besteht insoweit ein Beweisverwertungsverbot sowohl im Sozialverfahren als auch im sozialgerichtlichen Verfahren, das aus Art. 10 Grundgesetz (GG), § 100b Strafprozessordnung (StPO) und der fehlenden gesetzlichen Grundlage im Sozialrecht folgt (vgl. für das Verfahrensrecht der Abgabenordnung und des finanzgerichtlichen Verfahrens: BFH, Beschluss vom 26. Februar 2001 - VII B 265/00 – juris). Art. 10 GG schützt auch vor der Weitergabe der Daten und Informationen, die unter Aufhebung des Fernmeldegeheimnisses erlangt worden sind. Das gilt umso mehr, als es sich bei der Weitergabe regelmäßig nicht nur um eine Ausweitung der Stellen oder Personen, die über die Kommunikation informiert werden,

sondern um die Überführung der Daten in einen anderen Verwendungszusammenhang handelt, der für die Betroffenen mit zusätzlichen, unter Umständen schwereren Folgen verbunden ist als im ursprünglichen Verwendungszusammenhang (vgl. BVerfG, Urteil vom 14. Juli 1999 - 1 BvR 2226/94 u.a. - BVerfGE 100, 313 [359 f.]; BFH a.a.O.). Ein eigenständiger Eingriff in das Grundrecht nach Art. 10 GG liegt folglich nicht nur darin, dass Telefongespräche abgehört und aufgezeichnet werden, sondern gleichermaßen auch in der Weitergabe der Aufzeichnung und schließlich in der Auswertung von staatsanwaltlich erfassten Fernmeldevorgängen durch andere Behörden oder Gerichte (BFH a.a.O.). Ein solcher Eingriff der Verwertung im Verwaltungsverfahren oder im sozialgerichtlichen Eilverfahren ist mangels gesetzlicher Grundlage nicht gerechtfertigt. Eine Verwertung durch andere Behörden oder Gerichte ist nicht durch §§ 100a, 100b StPO gerechtfertigt. Wie sich insbesondere aus § 100b Abs. 6 StPO ergibt, sind die aus einer Telefonüberwachung erlangten Unterlagen unter Aufsicht der Staatsanwaltschaft zu vernichten, sobald sie zur Strafverfolgung nicht mehr erforderlich sind. Das Bestehen dieser strengen Vernichtungspflicht zeigt, dass auf diesem Weg gefertigte Aufzeichnungen allein Strafverfolgungszwecken dienen sollen. § 100a StPO stellt danach keine Befugnisnorm für andere Behörden dar, sondern ermächtigt ausschließlich die Strafverfolgungsbehörden zur Telefonüberwachung für ein Strafverfahren. § 100b Abs. 5 StPO stellt zudem ein Verwertungsverbot für andere Strafverfahren auf, was bereits einen Erst-recht-Schluss für Verwaltungsverfahren oder andere Gerichtsverfahren nahelegt, sofern – wie hier – die Voraussetzungen des § 477 Abs. 2 Satz 2 StPO nicht vorliegen, der insoweit Datenweitergabe und Verwertungsgrenzen von Maßnahmen nach § 100a StPO im Falle von Auskunftsbegehren durch andere Behörden – insbesondere im Falle der Gefahrenabwehr – regelt. §§ 20, 21 und 67b Sozialgesetzbuch Zehntes Buch - Sozialverwaltungsverfahren und Sozialdatenschutz - ermächtigen bereits wegen ihrer erkennbar anderen Zielrichtung - wie auch die Nichterfüllung des Zitiergebotes des Art. 19 Abs. 1 Satz 2 GG zeigt - ebensowenig zu Eingriffen in Art. 10 GG wie § 103 SGG oder die Vorschriften über den Urkundenbeweis nach §§ 415 ff. Zivilprozessordnung i. V. m. § 118 Abs. 1 SGG. Da nach obigen Ausführungen die Verwertung von Daten durch eine andere Behörde oder Gericht ohne Rechtsgrundlage auch dann einen eigenständigen Grundrechtseingriff darstellt, wenn die Erhebung durch die Strafverfolgungsbehörden rechtmäßig war, führt das Fehlen einer Rechtsgrundlage für die Verwertung nach Art. 10 GG zu einem Beweisverwertungsverbot (vgl. BFH a.a.O.; Jarass in: Jarass/Pieroth, GG, 9. Aufl., Art. 10 Rdnr. 19a m. w. N.). Insoweit bleibt auch – anders als in den Fällen der allein rechtswidrigen Erhebung des Beweises – vorliegend für eine Abwägung mit für die Verwertung sprechenden Interessen kein Raum (vgl. dazu BSG, Urteil vom 5. Februar 2008 - B 2 U 8/07 R – juris).

- 34 Unbegründet ist der Antrag indes, soweit er sich auf die Anordnung der aufschiebenden Wirkung der Klage gegen die Festsetzung von Beiträgen und Säumniszuschlägen bezüglich der Beschäftigten C. bezieht. Insoweit war der Beschluss des Sozialgerichts abzuändern. Der Bescheid erweist sich insoweit nach summarischer Prüfung als rechtmäßig. Der Senat verweist auf die Begründung des Bescheides vom 2. Oktober 2006, Seite 8 bis 9 (§ 136 Abs. 3 SGG analog). Eine unbillige Härte ist bereits angesichts der geringfügigen Beitragshöhe nicht erkennbar.
- 35 Die Kostenentscheidung beruht auf einer entsprechenden Anwendung von § 197a SGG i. V. m. §§ 154 Abs. 2, 155 Abs. 1 Satz 2 Verwaltungsgerichtsordnung. Der Beschwerdeführerin können die Kosten insgesamt auferlegt werden, da ihr Obsiegen nur einen geringen Teil des Streitgegenstandes betrifft.
- 36 Die Streitwertentscheidung folgt aus §§ 47, 52 Abs. 3 Gerichtskostengesetz, da die Klage einen auf eine bezifferte Geldleistung gerichteten Verwaltungsakt betrifft. Wegen des vorläufigen Charakters der Entscheidung im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes wird der Streitwert auf ein Drittel der im Hauptsacheverfahren streitigen Forderung festgesetzt. Da nur über die aufschiebende Wirkung der Klage entschieden wurde, ändert hieran auch der Umstand nichts, dass der Maßstab der Überprüfung eines Beitragssummenbescheides im Verfahren über die Anordnung der aufschiebenden Wirkung der Klage dem des Hauptsacheverfahrens faktisch gleichkommt.

37 Dieser Beschluss ist gemäß § 177 SGG unanfechtbar.

Hinweis: Die Entscheidung wurde von den Dokumentationsstellen der hessischen Gerichte ausgewählt und dokumentiert. Darüber hinaus ist eine ergänzende Dokumentation durch die obersten Bundesgerichte erfolgt.

© juris GmbH