

L 16 R 265/14

Land

Freistaat Bayern

Sozialgericht

Bayerisches LSG

Sachgebiet

Rentenversicherung

Abteilung

16

1. Instanz

SG Landshut (FSB)

Aktenzeichen

S 10 R 5023/13

Datum

22.01.2014

2. Instanz

Bayerisches LSG

Aktenzeichen

L 16 R 265/14

Datum

08.06.2016

3. Instanz

Bundessozialgericht

Aktenzeichen

-

Datum

-

Kategorie

Urteil

Leitsätze

1. Betriebsprüfungsbescheide haben keine über die bloße Kontrollfunktion hinausgehende Bedeutung.

2. Bindungswirkung können sie nur insoweit entfalten, als personenbezogen für bestimmte Zeiträume Feststellungen zur Versicherungs- oder Beitragspflicht getroffen wurden.

3. Die Bezeichnung des Prüfzeitraums in einem Betriebsprüfungsbescheid nimmt nicht an dessen Regelungsgehalt teil.

I. Auf die Berufung der Beklagten wird das Urteil des Sozialgerichts Landshut vom 22. Januar 2014 aufgehoben und die Klage gegen den Bescheid der Beklagten vom 14.08.2012 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 26.03.2013 abgewiesen. Die Berufung der Klägerin wird zurückgewiesen.

II. Die Klägerin trägt die Kosten des Verfahrens.

III. Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand:

Die Klägerin wendet sich gegen eine Beitragsforderung aufgrund einer Betriebsprüfung. Streitig ist neben verfahrensrechtlichen Fragen die Höhe des den Beigeladenen zu 1) und 2) im Zeitraum vom 01.10.2006 bis zum 31.12.2009 zustehenden Lohns.

Die Klägerin betrieb bis zum 31.10.2011 das Chinarestaurant "F.", A-Straße in A-Stadt. Sie beschäftigte dort seit 2006 neben weiteren Mitarbeitern die Beigeladenen zu 1) und 2) als sogenannte Spezialitätenköche. Bei den Spezialitätenköchen handelt es sich um sog. Alleinköche, die im Inland mit dem Tarifposten "Chef de partie" vergleichbar und entsprechend zu entlohnen waren. Gemäß der von der Bundesagentur für Arbeit anzuwendenden Checkliste sind diese Personen entsprechend des jeweiligen Landestarifs des Hotel- und Gaststättengewerbes (HOGA Tarif) in der Bewertungsgruppe Alleinkoch einzugruppieren. Dies ist Voraussetzung für die Erteilung einer befristeten Arbeitserlaubnis und damit verbundenen Aufenthaltsgenehmigung (§ 39 Aufenthaltsgesetz - AufenthG - in Verbindung mit den Bestimmungen der Beschäftigungsverordnung - § 26 BeschV). Auch die Arbeitsverträge der Beigeladenen zu 1) und 2) enthalten in § 7 (Sonstige Vereinbarungen) eine Klausel, wonach die Bestimmungen des jeweils gültigen Tarifvertrages (Lohn- und Manteltarif) für das Hotel- und Gaststättengewerbe Bestandteil des Arbeitsvertrages sind.

Nach dem HOGA Tarif Bayern waren im streitgegenständlichen Zeitraum für Alleinköche (Chef de partie) folgende Löhne zu bezahlen: 1.849,- EUR ab Mai 2006 1.890,- EUR ab Juni 2007 1.947,- EUR ab Mai 2008 1.996,- EUR ab September 2009

Für den Zeitraum vom 01.01.2006 bis 31.12.2009 führte die Beklagte im Restaurant der Klägerin erstmals im Jahr 2010 eine Betriebsprüfung gem. § 28p Sozialgesetzbuch Viertes Buch (SGB IV) durch, die (so der Tenor) "keine Feststellungen bzw. Beanstandungen" ergab (Schreiben des Prüfdienstes vom 05.07.2010). Die stichprobenweise Überprüfung der vorgelegten Unterlagen und Aufzeichnungen habe keine Beanstandung ergeben.

Im Rahmen einer verdachtsunabhängigen Kontrolle der Kontrolleinheit Prävention des Hauptzollamts F-Stadt vom 08.02.2011 sowie einer im Anschluss erfolgten Prüfung der Geschäftsunterlagen des Restaurants wurden dagegen laut Schlussbericht vom 17.07.2012 Unstimmigkeiten bei der Lohnzahlung festgestellt. Tatsächlich habe die Klägerin den Köchen zwar bei der Ersteinreise den jeweils gültigen bayerischen HOGA Tarif bezahlt, die während der anschließenden Beschäftigungsdauer (in der Regel vier Jahre) erfolgten tariflichen Lohnerhöhungen aber nicht an ihre Beschäftigten weitergegeben bzw. den Lohn tatsächlich nicht erhöht. Außerdem hätten sowohl der

Beigeladene zu 1) als auch der Beigeladene zu 2), der seit dem 20.04.2007 bei der Klägerin beschäftigt gewesen sei, die vereinbarten Entgelte nicht vollständig erhalten.

Die an die Beigeladenen zu 1) und 2) erfolgten Zahlungen ergeben sich aus den sicher- gestellten Lohnabrechnungen, in denen die Lohnzahlungen selbst jeweils als "Lohn, Festlohn" bezeichnet sind. Woraus sich die niedrigeren oder zum Teil völlig fehlenden Zahlungen in einzelnen Monaten ergeben könnten, ist aus den Gehaltsabrechnungen nicht ersichtlich, da darin keine Stunden ausgewiesen sind. Die Klägerin gab an, dass sich ein Herr N. um Details gekümmert habe. Ihr sei bekannt, dass ein Tariflohn gezahlt werden müsse. Sie habe aber nicht die Information gehabt, wann eine Lohnerhöhung stattgefunden habe. Ihr sei auch nicht klar gewesen, dass sie für Unterkunft und Verpflegung separat bezahlen müsse und keine Barauszahlungen tätigen dürfe. Die Köche hätten nicht einmal ein Konto und seien alle am gleichen Tag bezahlt worden. Quittungen habe sie nicht verlangt. Vernehmungsprotokolle der Beigeladenen zu 1) und 2) befinden sich nicht in den Akten, da diese bereits wieder nach China ausgereist und nicht mehr für die Klägerin tätig waren. Nach Anhörung der Klägerin erließ die Beklagte unter Bezugnahme auf die Ergebnisse des Ermittlungsverfahrens den streitigen Bescheid vom 14.08.2012, mit dem "aufgrund der nach [§ 28p Abs. 1](#) Viertes Buch Sozialgesetzbuch (SGB IV) durchgeführten Beitrags- überwachung" für den Zeitraum 01.10.2006 bis 31.03.2011 Sozialversicherungsbeiträge in Höhe von insgesamt 8.298,78 EUR nachgefordert werden. In dem Betrag sind Säumniszuschläge in Höhe von 1.764 EUR enthalten. Zur Begründung wurde auf die Ergebnisse des Ermittlungsverfahrens verwiesen, wonach mehrere Köche nicht nach Tariflohn bezahlt worden seien. Die Nachforderung betrifft neben den Beigeladenen zu 1) und 2) noch die Arbeitnehmer J. C., G. L., G. X. und X. J. Y. Der Berechnung wurde jeweils der monatliche Tariflohn zugrunde gelegt. Mit ihrem Widerspruch vom 13.09.2012 machte die Klägerin geltend, dass bereits am 05.07.2010 eine Betriebsprüfung stattgefunden habe, die zu keinen Beanstandungen geführt habe. Ferner sei nicht berücksichtigt worden, dass im streitgegenständlichen Zeitraum Fehlzeiten der Köche z. B. unbezahlter Urlaub oder unbezahlte arbeitsfreie Zeit enthalten seien, die nicht zur Beitragspflicht führten. Sie legte eine Liste über diejenigen Zeiten vor, in denen die einzelnen Arbeitnehmer jeweils unbezahlten Urlaub bzw. arbeits- freie Zeiten genommen hätten. Der Beigeladene zu 2) sei tatsächlich erst zum 01.05.2007 eingetreten. Die Forderung sei um 5.412,45 EUR zu korrigieren. Die Beklagte wies den Widerspruch mit Widerspruchsbescheid vom 26.03.2013 zurück. Die Aussage, die Arbeitnehmer hätten unbezahlte Freistellungen und unbezahlten Urlaub erhalten, entspreche nicht der Lebenswirklichkeit. Auch stehe diesen wie allen Arbeit- nehmern ein bezahlter Urlaubsanspruch zu. Unterlagen, die den Nachweis über unbe- zahlte Freistellungen bzw. unbezahlten Urlaub der Köche belegen könnten, seien weder vorhanden noch auf den Entgeltabrechnungen ausgewiesen worden. Mit Schriftsatz vom 18.04.2013 erhob die Klägerin am 22.04.2013 Klage zum Sozial- gericht Landshut. Es dürften für die Zeiträume, in denen keine Löhne und Gehälter bezahlt worden seien, keine Beiträge nachgefordert werden. Lediglich die auf die versehentlich unterlassene Anpassung der Löhne an die Tarifierhöhung zurückzu- führenden Beiträge seien zu Recht erhoben worden. Dies betreffe einen Betrag von 1.122,38 EUR. Sie legte Kopien zweier von den Beigeladenen zu 1) und 2) in chinesischer Schrift verfasster, nicht datierter Erklärungen vor. Nach dem in Deutsch über diesen Erklärungen maschinenschriftlich verfassten Text hätten die Beigeladenen an einzelnen Tagen bzw. in verschiedenen Monaten unbezahlten Urlaub genommen, um private Angelegenheiten zu erledigen. Die Beklagte entgegnete, dass eine Beschäftigung für bis zu einem Monat als fortbe- stehend gelte, solange das Beschäftigungsverhältnis ohne Anspruch auf Arbeitsentgelt fortduere. Vorliegend hätten die Unterbrechungen regelmäßig weniger als einen Monat angedauert. Lediglich beim Beigeladenen zu 2) sei in der unleserlichen und als Beweis nicht verwertbaren Erklärung des Beigeladenen zu 2) für den Zeitraum vom 29.06.2009 bis zum 31.07.2009 ein längerer Zeitraum als unbezahlter Monat ausgewiesen. Allerdings werde auch die inhaltliche Richtigkeit dieser Angaben weiterhin angezweifelt. Die Anzahl und Dauer der aus privaten Gründen genommenen Zeiten unbezahlten Urlaubs wider- spreche den Anscheinsgrundsätzen, zumal der Aufenthaltstitel an die Ausübung der Tätigkeit im Restaurant der Klägerin gebunden gewesen sei und eine längere Unter- brechung den Meldebehörden hätte angezeigt werden müssen. Auch sei nicht klar, wie der Beigeladene zu 2) in dieser Zeit seinen Lebensunterhalt hätte bestreiten sollen. Die Klägerin legte eine detaillierte Urlaubsaufstellung für die Beigeladenen zu 1) und 2) vor, in der nach Urlaub, unbezahltem Urlaub und unbezahltem Urlaub/Betriebsurlaub unterschieden wird. Mit Schriftsatz vom 25.11.2013 beantragte sie, die Klage auf den Zeitraum vom 01.10.2006 bis zum 31.12.2009 zu beschränken. Warum die von den Beigeladenen unterschriebene Bestätigung unschlüssig sein solle, sei nicht nachvoll- ziehbar. Mit Urteil vom 22.01.2014, das mit Einverständnis der Beteiligten nach der Durchführung eines Erörterungstermins ohne mündliche Verhandlung erging, hob das Sozialgericht den Bescheid der Beklagten vom 14.08.2012 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 26.03.2013 insoweit auf, als darin Sozialversicherungsbeiträge für den Zeitraum 01.10.2006 bis 31.12.2009 nachgefordert werden. Es bestünden bereits erhebliche Be- denken, ob der Bescheid vom 14.08.2012 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 26.03.2012 dem Bestimmtheitsanforderung nach [§ 33 Abs. 1](#) Sozialgesetzbuch Zehntes Buch (SGB X) gerecht werde, da Beitragsnachforderungsbescheide nach [§ 28p Sozial- gesetzbuch Viertes Buch \(SGB IV\)](#) den Prüfzeitraum unzweifelhaft benennen müssten. Dem Bescheid vom 14.08.2012 sei nur zu entnehmen, für welchen Zeitraum Beiträge nachgefordert werden, nicht jedoch, auf welchen Zeitraum sich die Prüfung bezogen habe. Vor allem sei aber die Beklagte infolge der Bestandskraft der vorangegangenen für den Prüfzeitraum vom 01.01.2006 bis zum 31.12.2009 ergangenen Prüfmitteilung vom 05.07.2010 nicht berechtigt gewesen, ohne verfahrensrechtliche (Teil-)Aufhebung dieses Bescheids nach den [§§ 44 ff.](#) SGB X Beiträge für diesen Zeitraum nachzufordern. Auch eine Prüfmitteilung nach [§ 7](#) Beitragsverfahrensverordnung (BVV) stelle einen Ver- waltungsakt im Sinne von [§ 31 SGB X](#) dar. Auf diesen Zeitraum sei auch mit Schriftsatz vom 25.11.2013 die Klage in zulässiger Weise beschränkt worden. Materielle Bestands- kraft bedeute, dass die in dem Verwaltungsakt getroffene Regelung für die Beteiligten materiell verbindlich sei. Bei der Durchführung einer sozialversicherungsrechtlichen Betriebsprüfung nach [§ 28p SGB IV](#) handle es sich um die Durchführung eines Ver- waltungsverfahrens nach [§ 8 SGB X](#), das durch die Prüfmitteilung im Sinne einer Sachentscheidung beendet werde. Dies gelte auch für die Mitteilung, dass die Betriebs- prüfung keine Feststellungen bzw. Beanstandungen ergeben habe. Es sei nach ver- waltungsverfahrensrechtlichen Grundsätzen nicht nachvollziehbar, weshalb die Fest- stellung einer Beitragspflicht einen Verwaltungsakt darstellen solle und das Gegenteil, dass keine Beanstandungen festgestellt wurden, nicht. Für einen Eingriff in die danach bestandskräftig geprüften Zeiträume wäre zumindest notwendig, dass dem Arbeitgeber im Bescheidtenor klar vor Augen geführt werde, dass der Bescheid unter dem Vorbehalt einer späteren Nachprüfung stehe. Das Urteil wurde den Beteiligten am 20.02.2014 zugestellt. Am 20.03.2014 haben sowohl die Klägerin als auch die Beklagte Berufung zum Bayerischen Landessozialgericht eingelegt. Die Klägerin hat sich zur Begründung auf ihre erstinstanzlich vorgetragenen Argumente berufen. Die Beklagte wendet sich gegen die Feststellungen des Sozialgerichts zur entgegen- stehenden Bestandskraft der Prüfmitteilung vom 05.07.2010. Das Bundessozialgericht (BSG) habe in ständiger Rechtsprechung entschieden, dass die Rentenversicherungs- träger auch in kleineren Betrieben nicht zu einer vollständigen Überprüfung der versicher- ungsrechtlichen Voraussetzungen aller Versicherten verpflichtet seien und dass Betriebs- prüfungen keine über eine Kontrollfunktion hinausgehende Bedeutung zukomme. Sie bezweckten insbesondere nicht, den Arbeitgeber als Beitragsschuldner zu schützen oder ihm "Entlastung" zu erteilen. Auch den Prüfberichten komme keine andere Bedeutung zu. Die Arbeitgeber seien durch die kurzen Verjährungsfristen ausreichend geschützt. Ein allgemeiner Prüfabschlussbescheid existiere nicht und könnte allenfalls durch Gesetzes- initiativen auf den Weg gebracht werden. In der mündlichen Verhandlung am 08.06.2016 erklärte die Klägerin, sie habe versucht sich zu erkundigen wie die Tarifverträge gestaltet seien und was sie den Köchen

bezahlen müsse. Es sei für sie aber sehr schwierig gewesen und sie habe nicht alles klären können. Daher sei sie bereit, die Beiträge nachzubezahlen, weil sie unter Tarif bezahlt habe, nicht aber hierauf beruhende Zinsen und Säumniszuschläge. Auch habe sie die Köche nur bezahlt, wenn sie gearbeitet hätten. Die Köche hätten aber nicht immer gearbeitet. Sie hätten andere chinesische Köche in Deutschland kennen gelernt und diese besucht. Außerdem hätten sie auch Deutschland kennen lernen wollen und Verwandte in Deutschland besucht. Weil die Köche schon vorher ihren Urlaub für Heimatbesuche genommen hätten, sei es unbezahlter Urlaub gewesen. Heimaturlaub sei anlässlich von Geburten, wegen einer Hochzeit oder wegen des Geburtstags des Großvaters genommen worden, normalerweise etwa drei Wochen und hauptsächlich im Juni oder im November, wenn weniger Betrieb gewesen sei. Der gesetzliche Urlaub sei so gegeben worden, wie es im Vertrag gestanden habe, 23 oder 24 Tage. Im Juni 2008 sei das Restaurant wegen Renovierungsarbeiten geschlossen gewesen.

Der Bevollmächtigte der Klägerin beantragt,

die Berufung der Beklagten zurückzuweisen.

Die Beklagte beantragt,

das Urteil des Sozialgerichts Landshut vom 22.01.2014 aufzuheben und die Klage gegen den Bescheid vom 14.08.2012 in Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 26.03.2013 abzuweisen.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den Inhalt der Gerichtsakten beider Rechtszüge und der vom Senat beigezogenen Verwaltungsakte der Beklagten und der ebenfalls beigezogenen Akten der Staatsanwaltschaft A-Stadt Bezug genommen.

Entscheidungsgründe:

Die Berufung der Beklagten ist zulässig. Sie ist insbesondere statthaft und auch fristgerecht eingelegt worden ([§§ 143, 144, 151 Sozialgerichtsgesetz - SGG](#)). Sie ist wohl auch begründet. Die Berufung der Klägerin ist unbegründet.

Gegenstand der Klage sind nach der zulässigen Beschränkung des Klageantrags noch die die Beigeladenen zu 1) und 2) betreffenden Beitragsforderungen vom 01.10.2006 bis zum 31.12.2009 für Zeiten, in denen die Beigeladenen zu 1) und 2) nach Angaben der Klägerin nicht gearbeitet und unbezahlten Urlaub genommen hätten. Außerdem wendet sie sich gegen die Erhebung von Säumniszuschlägen, soweit nachträglich der angepasste Tariflohn zugrunde gelegt wurde. Die Klägerin wendet sich nicht gegen die Nachforderung von Beiträgen für andere Arbeitnehmer, deren Erhebung darauf beruht, dass das Entgelt nicht an die jeweiligen Tariflöhne angepasst wurde.

Der Bescheid vom 14.08.2012 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 26.03.2013 ist, soweit er noch Gegenstand der Klage ist, rechtmäßig ergangen und verletzt die Klägerin nicht in eigenen Rechten.

Der Bescheid ist formell und materiell rechtmäßig ergangen. Er ist ausreichend bestimmt und ihm steht nicht die Bestandskraft der Prüfmitteilung vom 05.07.2010 entgegen. Die Beklagte hat darin rechtmäßig festgestellt, dass der Beigeladene zu 1) durchgehend und der Beigeladene zu 2) vom 01.05.2007 bis zum 31.12.2009 gegen Entgelt bei der Klägerin beschäftigt waren und damit im festgestellten Umfang der Sozialversicherungspflicht in der gesetzlichen Krankenversicherung und der sozialen Pflegeversicherung unterlegen haben. Die geforderten Beiträge, Umlagen und Säumniszuschläge werden von der Klägerin rechtmäßig gefordert.

Nach [§ 28p Abs. 1 S. 1 SGB IV](#) prüfen die Träger der Rentenversicherung - hier die Beklagte - bei den Arbeitgebern u.a. ob diese ihren Pflichten nach dem Sozialgesetzbuch, die im Zusammenhang mit dem Gesamtsozialversicherungsbeitrag stehen, ordnungsgemäß erfüllen, insbesondere prüfen sie die Richtigkeit der Beitragszahlungen. In diesem Zusammenhang erlassen sie gemäß [§ 28p Abs. 1 S. 5 SGB IV](#) Verwaltungsakte zur Beitragshöhe in der Renten-, Kranken- und Pflegeversicherung sowie nach dem Recht der Arbeitsförderung gegenüber den Arbeitgebern. Die Prüfungs- und Feststellungskompetenz der Beklagten bezieht sich auf alle anlässlich der Prüfung aufgetretenen Sachverhalte, ggf. unter Beachtung der Regelungen der [§§ 45 ff. SGB X](#) sowie unter Berücksichtigung der Verjährungsvorschriften. Dies gilt auch für die Abgrenzung der Prüfungs Kompetenzen der Rentenversicherungsträger zur umfassenden Prüfungs kompetenz der Einzugsstellen gemäß [§ 28h Abs. 2 S. 1 SGB IV](#).

Als materielle Rechtmäßigkeitsvoraussetzung eines Verwaltungsakts verlangt das Bestimmtheits Erfordernis nach [§ 33 Abs. 1 SGB X](#), dass der Verfügungssatz nach seinem Regelungsgehalt in sich widerspruchsfrei ist. Das Erfordernis der Bestimmtheit bezieht sich sowohl auf den Verfügungssatz der Entscheidung als auch auf den Adressaten des Verwaltungsaktes. Der Betroffene muss bei Zugrundelegung der Erkenntnismöglichkeiten eines verständigen Empfängers und unter Berücksichtigung der jeweiligen Umstände des Einzelfalls in die Lage versetzt werden, die in ihm getroffene Rechtsfolge vollständig, klar und unzweideutig zu erkennen und sein Verhalten daran auszurichten. Zur Auslegung des Verfügungssatzes kann auch auf die Begründung des Verwaltungsaktes, auf früher zwischen den Beteiligten ergangene Verwaltungsakte oder auf allgemein zugängliche Unterlagen zurückgegriffen werden (BSG in ständiger Rechtsprechung, zuletzt Urteil vom 10.09.2013, [B 4 AS 89/12 R](#)).

Gemessen an diesen Maßstäben ist der angefochtene Bescheid inhaltlich hinreichend bestimmt. Die Klägerin als Adressatin konnte hieraus klar erkennen, dass von ihr aufgrund der für den Prüfzeitraum vom 01.10.2006 bis 31.03.2011 durchgeführten Betriebsprüfung Sozialversicherungsbeiträge in Höhe von insgesamt 8.298,78 EUR nachgefordert werden. Auf welche Arbeitnehmer und Monate sich die Nachforderung bezieht, ergibt sich für die einzelnen Monate klar und eindeutig aus den beigefügten Berechnungsblättern. Dass der Prüfzeitraum in der Betreffzeile nicht explizit genannt wird, ist unerheblich. Der Bezeichnung des Prüfzeitraums kommt weder im Verfahren noch im Bescheid eine rechtliche Relevanz zu. Die Bezugnahme auf die durchgeführte Betriebsprüfung und den geprüften Zeitraum ist kein Teil des Verfügungssatzes und enthält keine Regelung im Sinne eines Verwaltungsakts.

Der Bescheid enthält auch die gemäß [§ 35 SGB X](#) erforderliche Begründung. Die Beklagte hat in ihrer Entscheidung die für sie wesentlichen tatsächlichen und rechtlichen Gründe angegeben. Ob diese geeignet sind, die Entscheidung auch inhaltlich zu tragen, ist eine Frage der materiellen Rechtmäßigkeit des Verwaltungsakts, nicht seiner formellen.

Eine aus der Bestandskraft der Prüfmitteilung der Beklagten vom 05.07.2010 abgeleitete Bindungswirkung, die einer Erhebung der streitigen Beiträge entgegenstehen würde, besteht nicht. Die frühere "beanstandungsfrei" verlaufene Betriebsprüfung, die mit der Prüfmitteilung vom 05.07.2010 endete, vermittelt der Klägerin keinen "Bestandsschutz" gegenüber einer neuerlichen Beitragsforderung, die der Rechtmäßigkeit der angefochtenen Bescheide entgegenstehen könnte (ständige Rspr. des BSG, zuletzt im Urteil vom 18.11.2015 - [B 12 R 7/14 R](#)). Betriebsprüfungen entfalten keine über die bloße Kontrollfunktion hinausgehende Bedeutung. Betriebsprüfungsbescheide, mit denen Beiträge nachgefordert werden, entfalten lediglich insoweit Bindungswirkung, als Versicherungs- und/oder Beitragspflicht (und Beitragshöhe) in der Vergangenheit im Rahmen der Prüfung personenbezogen für bestimmte Zeiträume durch gesonderten Verwaltungsakt festgestellt wurden. Letztlich haben Betriebsprüfungen insbesondere den Zweck, den Einzugsstellen durch Sicherstellung von Arbeitgeberunterlagen und -aufzeichnungen eine Berechnungsgrundlage zu verschaffen, damit diese die notwendigen Schritte zur Geltendmachung von Ansprüchen auf (rückständige) Beiträge (vgl. [§ 28h Abs. 1 Satz 3 SGB IV](#)) unternehmen können (BSG, Urteil vom 28.05.2015 - [B 12 R 16/13 R](#)). Für die vom Sozialgericht geforderte materielle Bindungswirkung besteht keine Rechtsgrundlage. Das Sozialversicherungsrecht enthält gerade keine Vorschrift, die mit der Änderungssperre nach [§ 173 Abs. 2 Satz 1](#) Abgabenordnung für Steuerbescheide, die aufgrund einer (steuerlichen) Außenprüfung ergangen sind, vergleichbar ist (BSG, Urteil vom 30.10.2013 - [B 12 AL 2/11 R](#)).

Dass auch bei "kleineren" Betrieben eine Betriebsprüfung auf Stichproben beschränkt bleiben kann, entspricht einer jahrzehntelangen Praxis, die sowohl der Gesetzgeber als auch die Rechtsprechung unbeanstandet gelassen haben. Dass die gesamte Praxis der Meldungen und Beitragszahlung eines Arbeitgebers in Bezug auf sämtliche Betriebsangehörigen unter allen denkbaren Aspekten behördlicherseits für "in Ordnung" befunden wurde, ist schon angesichts der Vielzahl der regelmäßig vorzunehmenden Prüfungen nicht möglich. Im Übrigen haben Betriebsprüfungen - ebenso wie das Ergebnis der Prüfung festhaltende Prüfberichte der Versicherungsträger - nicht den Zweck, den Arbeitgeber als Beitragsschuldner zu schützen oder ihm etwa mit Außenwirkung "Entlastung" zu erteilen (grundlegend hierzu BSG, Urteil vom 14.07.2004 - [B 12 KR 1/04 R](#) -, juris).

Der Bescheid ist auch materiell rechtmäßig ergangen. Der Beigeladene zu 1) war im streitigen Zeitraum durchgehend gegen Entgelt bei der Klägerin beschäftigt, der Beigeladene zu 2) vom 01.05.2007 bis zum 31.12.2009. Die Feststellung der Sozialversicherungspflicht in der gesetzlichen Krankenversicherung und der sozialen Pflegeversicherung, die von der Klägerin auch nicht in Abrede gestellt wird, beruht auf [§ 5 Abs. 1 Nr. 1](#) Sozialgesetzbuch Fünftes Buch (SGB V) und [§ 1 Abs. 2 S. 1](#) Sozialgesetzbuch Elftes Buch (SGB XI).

Anhaltspunkte für einen Monat übersteigende Unterbrechungen (vergleiche [§ 7 Abs. 3 SGB IV](#)) bestehen auch für den Beigeladenen zu 2) nicht. Das bedeutet, dass die Beschäftigungsverhältnisse jeweils durchgehend bestanden haben.

Die Beklagte hat der Berechnung der Beiträge zutreffend ein durchgehend zu zahlendes Entgelt in Höhe des jeweils vereinbarten gültigen Bayerischen HOGA Tarifs zugrunde gelegt. Dies war bezogen auf das der Beitragspflicht zugrunde gelegte Bruttoentgelt ein Betrag von 1.849 EUR ab dem 01.10.2006, von 1.890 EUR monatlich ab dem 01.06.2007, von 1.947 EUR ab dem 01.05.2008 und von 1.996 EUR ab dem 01.09.2009. Die Anwendbarkeit des Tarifvertrags ergibt sich aus der einzelvertraglichen Bezugnahme in den jeweiligen Arbeitsverträgen. Gegen diese Feststellung wendet sich die Klägerin nicht.

Entgegen der Auffassung der Klägerin gilt dies aber auch für diejenigen Zeiten, in denen die Beigeladenen zu 1) und 2) tatsächlich kein Entgelt erhalten haben, weil sie nach Angabe der Klägerin unbezahlten Urlaub genommen hätten. Nach [§ 22 Abs. 1 SGB IV](#) entstehen die Beitragsansprüche der Versicherungsträger, sobald ihre im Gesetz oder aufgrund eines Gesetzes bestimmten Voraussetzungen erfüllt sind. Dies ist der Fall, sobald eine versicherungs- und beitragspflichtige Beschäftigung gegen Entgelt tatsächlich ausgeübt wird. Die Höhe des Beitragsanspruchs richtet sich dabei nicht nur danach, welche Einnahmen ein Beschäftigter tatsächlich erhält, sondern darüber hinaus auch nach den Einnahmen, die er zwar nicht erhielt, die aber arbeitsvertraglich bzw. nach einem für allgemeinverbindlich erklärten bzw. arbeitsvertraglich einbezogenen Tarifvertrag für den jeweiligen Tag zustehen und damit vom Arbeitgeber geschuldet werden (BSG, Urteil vom 21.05.1996, 12 RK 64/96; sog. Entstehungsprinzip).

Die Verpflichtung zur durchgehenden Entlohnung der Beigeladenen zu 1) und 2) ergibt sich zwar nicht zwingend aus den Anforderungen für die Erteilung der Arbeitserlaubnis oder die Bezugnahme auf den Tarifvertrag. Die Frage, ob die Beigeladenen zu 1) und 2) dadurch ihre Arbeitserlaubnis verlieren würden, ist von der Frage des geschuldeten Entgelts zu trennen. Die Vereinbarung eines unbezahlten Urlaubs ist auch weder nach dem Arbeitsvertrag noch dem Tarifvertrag ausgeschlossen. Die Klägerin hat aber nicht ausreichend dargelegt, dass eine solche Vereinbarung geschlossen wurde.

Ob die Beigeladenen zu 1) und 2) auch während der Tage, an denen sie nach Angaben der Klägerin unbezahlten Urlaub zur Erledigung privater Angelegenheiten hatten, Anspruch auf Bezahlung von Arbeitsentgelt hatten, hängt davon ab, welche Verabredungen getroffen wurden. Dabei ist die grundsätzlich zulässige einvernehmliche Vereinbarung, wonach die beiderseitigen Pflichten für die vereinbarte Zeit ruhen sollten, von einem einseitigen Annahmeverzug der Klägerin abzugrenzen, der die Vergütungsansprüche nicht entfallen lassen würde ([§ 615](#) Bürgerliches Gesetzbuch - BGB). Danach kann der zur Dienstleistung Verpflichtete für die infolge des Verzugs nicht geleisteten Dienste die vereinbarte Vergütung verlangen, ohne zur Nachleistung verpflichtet zu sein, wenn der Dienstberechtigte mit der Annahme der Dienste in Verzug kommt. Die Sätze 1 und 2 gelten entsprechend in den Fällen, in denen der Arbeitgeber das Risiko des Arbeitsausfalls trägt.

Dabei ist im Arbeitsverhältnis zu berücksichtigen, dass es Aufgabe des Arbeitgebers ist, dem Arbeitnehmer kalendermäßig bestimmt für jeden Tag mit Arbeitsverpflichtung einen Arbeitsplatz zur Verfügung zu stellen. Selbst bei einer unverschuldeten Betriebsstörung, bei der die Arbeitsleistung nicht erbracht werden kann, trägt der Arbeitgeber daher das Arbeitsentgeltrisiko (Staudinger/Richardi/Fischinger, BGB, 2016, § 615, Rn. 98). Anders als bei anderen Austauschverträgen schließen sich insoweit Annahmeverzug und Unmöglichkeit beim Dienstvertrag nicht aus. Der Arbeitgeber wäre nur dann von dieser Verpflichtung befreit, wenn der Arbeitnehmer als Dienstverpflichteter außerstande ist, die Leistung zu bewirken, also bei dessen mangelnder Leistungsfähigkeit und -willigkeit ([§ 297 BGB](#)).

Grundsätzlich haben also arbeitsbereite, noch nicht (oder nicht mehr) urlaubsberechtigte Arbeitnehmer auch während der Betriebsferien Anspruch auf Lohnzahlung. Davon abweichende Vereinbarungen sind nur dann zulässig, wenn die Parteien zuvor die beiderseitige Interessenlage gehörig abgewogen haben. Zu der erforderlichen Interessenabwägung gehört, dass die Vereinbarungen über unbezahlten

Urlaub während der Betriebsferien zwischen den Parteien des Arbeitsverhältnisses klar und deutlich besprochen und ausgehandelt werden. Problematisch ist daher auch ihre Regelung in einer vom Arbeitgeber entworfenen Mustervereinbarung (Bundesarbeitsgericht - BAG, Urteil vom 30.06.1976 - [5 AZR 246/75](#)). Das Auftrags- und Beschäftigungsrisiko des Arbeitgebers darf nicht allein dem Arbeitnehmer überbürdet werden (BAG, Urteil vom 13.08.1980 - [5 AZR 296/78](#)).

Hinsichtlich des Vorliegens einer Vereinbarung über die Gewährung unbezahlten Urlaubs trägt letztlich, nach Ausschöpfung aller Ermittlungsmöglichkeiten, die Klägerin die objektive Beweislast. Nach dem Ergebnis der mündlichen Verhandlung konnte der erforderliche Nachweis, dass unbezahlter Urlaub vereinbart wurde, nicht geführt werden.

Schriftliche Vereinbarungen über die Gewährung von unbezahltem Urlaub zwischen der Klägerin und den Beigeladenen zu 1) und 2), die der Senat überprüfen könnte, liegen nicht vor. Die von der Klägerin vorgelegten nachträglich abgegebenen Erklärungen der Beigeladenen zu 1) und 2) genügen nicht den oben dargelegten Anforderungen an die Vereinbarung eines unbezahlten Urlaubs, da aus ihnen die erforderliche Freiwilligkeit und das Bewusstsein, eine beidseitige Vereinbarung zu schließen, nicht hervorgehen. Die Beigeladenen zu 1) und 2) sind unbekanntem Aufenthalts. Die Befragung zu den Umständen der Vereinbarung ergab wenig glaubhafte und nachvollziehbare Angaben. Zu Recht hat die Beklagte darauf hingewiesen, dass diese ausschließlich zum Arbeiten (und Geld verdienen) nach Deutschland gekommen sind. Ihre Arbeitserlaubnis war von einer durchgehenden Beschäftigung abhängig. Erfahrungsgemäß sind ausländische Arbeitnehmer, die aus Ländern mit einem niedrigeren Lohnniveau kommen, in dieser Situation bestrebt, möglichst viel Geld zu verdienen und nicht, möglichst viel Urlaub zu machen. Soweit die Beigeladenen zu 1) und 2) auch ihre Familien in China besucht haben, hatten sie wie jeder andere Arbeitnehmer ausreichend bezahlten Urlaub (auch nach Angaben der Klägerin 23 Tage), der ihnen dies ermöglicht hätte. Der Vortrag, dass die Köche die Klägerin praktisch gedrängt hätten, ihnen noch mehr Urlaub zu geben, um auch in Deutschland Urlaube zu machen und andere Köche oder Verwandte zu besuchen, erscheint auch nach dem Eindruck, den der Senat in der mündlichen Verhandlung von der Klägerin gewonnen hat, nicht glaubhaft. Andere Ermittlungsmöglichkeiten standen nicht zur Verfügung.

Auch im sozialgerichtlichen Verfahren kann eine Beweislastentscheidung getroffen werden, wenn die Ermittlungsmöglichkeiten erschöpft sind (vgl. Leitherer in Meyer-Ladewig/ Keller/Leitherer, SGG, 11. Aufl.2014, §103, Rn. 8 und Rn. 19, jeweils m.w.N.). Grundsätzlich muss sich das Gericht die volle Überzeugung von den beweisrelevanten Tatsachen verschaffen (Leitherer, a.a.O., Rn. 6a). Der Untersuchungsgrundsatz hat zur Folge, dass die Beteiligten grundsätzlich keine Beweisführungslast haben, sofern das Gesetz nicht Abweichendes regelt. Eine Entscheidung nach der objektiven Beweislast kann nur dann getroffen werden, wenn das Gericht trotz aller Bemühungen bei der Amtsermittlung den Sachverhalt nicht aufklären kann (vgl. BSG, Urteil vom 22.04.2015 - [B 3 P 8/13 R](#), Rn. 36; Keller, a.a.O., § 118, Rn. 6). Das war vorliegend der Fall.

Rechtmäßig ergangen ist auch die Entscheidung über die Erhebung von Säumniszuschlägen. Für Beiträge und Beitragsvorschüsse, die der Zahlungspflichtige nicht bis zum Ablauf des Fälligkeitstages gezahlt hat, ist für jeden angefangenen Monat der Säumnis ein Säumniszuschlag von eins vom Hundert des rückständigen, auf 50 EUR nach unten abgerundeten Betrages zu zahlen ([§ 24 Abs. 1 Satz 1 SGB IV](#)). Wird eine Beitragsforderung durch Bescheid mit Wirkung für die Vergangenheit festgestellt, ist ein darauf entfallender Säumniszuschlag nicht zu erheben, soweit der Beitragsschuldner glaubhaft macht, dass er unverschuldet keine Kenntnis von der Zahlungspflicht hatte ([§ 24 Abs. 2 SGB IV](#)). Für die Frage, ob bei einer für die Vergangenheit festgestellten Beitragsforderung unverschuldet keine Kenntnis von der Zahlungspflicht bestand, ist es nicht ausreichend, dass der Beitragsschuldner von der Beitragspflicht keine Kenntnis hatte; die Unkenntnis muss unverschuldet sein. Das war vorliegend nicht der Fall (zur Frage, ob verschuldete Unkenntnis von der Zahlungspflicht im Sinne von [§ 24 Abs. 2 SGB IV](#) erst bei zumindest bedingtem Vorsatz oder schon bei Fahrlässigkeit im Sinne von [§ 276 Bürgerliches Gesetzbuch](#) vorliegt: Bayer. LSG, Urteil vom 29.06.2015 - [L 16 R 780/13](#) -, mit Nachweisen zum Meinungsstreit). Die Klägerin hat nicht glaubhaft gemacht, dass sie ihre Beitragspflicht nicht vorsätzlich verletzt hat. Vorsätzlich in diesem Sinne handelt nämlich bereits, wer seine Beitragspflicht für möglich hält, die Nichtabführung der Beiträge aber billigend in Kauf nimmt (bedingter Vorsatz). Der Klägerin war bekannt, dass sie den jeweils gültigen Tariflohn zu bezahlen hat. Dass sie keine Möglichkeit hatte, diesen jeweils zeitnah in Erfahrung zu bringen, ist ebenso wenig glaubhaft wie es die geschilderten Umstände hinsichtlich des unbezahlten Urlaubs sind. Die Klägerin war in der Lage, beim Abschluss neuer Arbeitsverträge, den zu diesem Zeitpunkt geltenden Tarifvertrag in Erfahrung zu bringen und zur Vertragsgrundlage zu machen. Daher wusste sie auch, dass dieser regelmäßig angepasst wurde. Weder die Tatsache, dass sie nach eigenen Angaben die Formalitäten einem Dritten (einem Herrn N.) überlassen hat, noch die beanstandungsfrei verlaufene Vorprüfung im Jahr 2010 waren geeignet, sie von dieser Verpflichtung und damit der Verantwortung zur Entrichtung der Beiträge zu entbinden.

Die Kostenentscheidung beruht auf [§ 197a SGG](#) i.V.m. [§ 155 Abs. 1](#) Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO).

Gründe, die Revision zuzulassen, liegen nicht vor.

Rechtskraft

Aus

Login

FSB

Saved

2016-07-15