

S 21 R 368/15 ER

Land
Nordrhein-Westfalen
Sozialgericht
SG Duisburg (NRW)
Sachgebiet
Rentenversicherung
Abteilung
21
1. Instanz
SG Duisburg (NRW)
Aktenzeichen
S 21 R 368/15 ER
Datum
11.01.2016
2. Instanz
LSG Nordrhein-Westfalen
Aktenzeichen
-
Datum
-
3. Instanz
Bundessozialgericht
Aktenzeichen
-
Datum
-
Kategorie
Beschluss
Die aufschiebende Wirkung des Bescheides vom 11.12.2014 wird angeordnet.
Die Antragsgegnerin trägt die Kosten des Verfahrens.
Der Streitwert wird auf 11.678,41 Euro festgesetzt.

Gründe:

I.

Die Beteiligten streiten über den Vollzug einer Beitragsforderung im Widerspruchsverfahren.

Die Antragsgegnerin führte vom 15.07.2014 bis zum 11.12.2014 bei der Abrechnungsstelle des Antragstellers eine Betriebsprüfung über den Zeitraum vom 08.03.2010 bis zum 31.03.2012 durch. Hierzu war der Antragsteller zur Übersendung von Unterlagen aufgefordert worden. Am 08.07.2014 wurden der Antragsgegnerin nach übereinstimmenden Angaben der Beteiligten Datev-Unterlagen zugesandt. Dies ist in der Verwaltungsakte nicht dokumentiert. Mit Schreiben vom 10.10.2014 forderte die Antragsgegnerin den Antragsteller auf, Lohn- und Gehaltsabrechnungen aller Beschäftigten sowie die Arbeitsverträge bzw. Angaben/Nachweise über den gezahlten Stundenlohn bis zum 07.11.2014 einzureichen. Die erforderlichen Unterlagen seien nur unvollständig vorgelegt worden. Der Arbeitgeber habe gemäß [§ 28 f Abs. 1](#) des Vierten Buches Sozialgesetzbuch (SGB IV) für jeden Beschäftigten, getrennt nach Kalenderjahren, Entgeltunterlagen zu führen und bis zum Ablauf des auf die letzte Prüfung folgenden Kalenderjahres aufzubewahren. Habe ein Arbeitgeber die Aufzeichnungspflicht nicht ordnungsgemäß erfüllt und könnten dadurch Versicherung- oder Beitragspflicht oder die Beitragshöhe nicht festgestellt werden, könne der prüfende Träger der Rentenversicherung den Beitrag von der Summe der vom Arbeitgeber gezahlten Arbeitsentgelte geltend machen. Soweit er die Höhe der Arbeitsentgelte nicht oder nicht ohne unverhältnismäßig großen Verwaltungsaufwand ermitteln könne, habe er diese zu schätzen. Einen aufgrund dieser Regelungen ergangenen Bescheid habe er zu widerrufen, wenn nachträglich unter anderem die Höhe des Arbeitsentgeltes nachgewiesen werde. Diese Voraussetzungen für eine Schätzung lägen vor, da die Vorlage von Unterlagen, die eine tatsächliche Prüfung der gemeldeten Entgelte ermöglichten, verweigert werde. Die Schätzung erfolge mit der jeweils gültigen Bezugsgröße in den entsprechenden Jahren für die gemeldeten Zeiträume. Da nicht festgestellt werden könne, ob die Voraussetzungen des [§ 8 SGB IV](#) vorlägen, weil keine entsprechenden Nachweise hierfür vorgelegt worden seien, gelte dies auch für die geringfügig beschäftigten Arbeitnehmer. Hierzu werde Gelegenheit gegeben, sich zu äußern. Eine Reaktion des Antragstellers hierauf ist nicht dokumentiert.

Mit Bescheid vom 11.12.2014 stellte die Antragsgegnerin eine Nachforderung von insgesamt 46.713,62 Euro gemäß den Prüffeststellungen im Rahmen der schriftlichen Anhörung vom 21.11.2014 fest. Die innerhalb der Anhörungsfrist eingereichten Lohnunterlagen reichten für eine vollständige Betriebsprüfung nicht aus, da Nachweise über den gezahlten Stundenlohn und die Art der ausgeübten Tätigkeit bzw. schriftliche Arbeitsverträge bis auf einen Beschäftigten von ihm immer noch nicht vorgelegt worden seien.

Am 16.01.2015 erhob der Antragsteller Widerspruch und verriew in seiner Begründung vom 11.02.2015 auf die am 08.07.2014 eingereichten Unterlagen. Gegenstand seines Unternehmens sei die Gleisbausicherung. Die Beschäftigungsart dürfe daher unstrittig sein. Die Arbeitnehmer würden als Sicherungsposten eingesetzt. In der Meldung zur Sozialversicherung sei die Art der Tätigkeit jeweils mit einem Schlüssel angegeben. Ansonsten lägen vollständige Entgeltunterlagen vor. Dass Nachweise über den gezahlten Stundenlohn vorzulegen seien, ergebe sich aus [§ 8 Abs. 1](#) der Betriebsverfahrensordnung (Verordnung über die Berechnung, Zahlung, Weiterleitung, Abrechnung und Prüfung des Gesamtsozialversicherungsbeitrages - Beitragsverfahrensverordnung - BVV) nicht. Solche Nachweise könnten also auch nicht verlangt werden. Die Voraussetzungen für eine Schätzung lägen keinesfalls vor. Der Berechnung der Beiträge seien die eingereichten Beitragsnachweise zugrundezulegen. Es gebe keinen Anhaltspunkt, dass darüber hinaus noch Beiträge zu entrichten seien.

Am 04.03.2015 beantragte der Antragsteller außerdem die Aussetzung der Vollziehung des Bescheides vom 11.12.2014.

Mit Bescheid vom 17.03.2014 lehnte die Antragsgegnerin eine Aussetzung der Vollziehung mit der Begründung ab, eine solche könne nach [§ 86 a Abs. 3 S. 2](#) Sozialgerichtsgesetz (SGG) nur erfolgen, wenn ernstliche Zweifel an der Rechtmäßigkeit des angegriffenen Verwaltungsaktes bestünden oder wenn die Vollziehung für den Abgaben- und kostenpflichtigen eine unbillige, nicht durch überwiegende öffentliche Interessen gebotene Härte zur Folge habe. Keine dieser Voraussetzungen seien im vorliegenden Fall erfüllt.

Am 31.03.2013 hat der Antragsteller bei Gericht die Aussetzung der Vollziehung des Bescheides vom 11.12.2014 beantragt. Er trägt vor, er habe sich einer Betriebsprüfung keinesfalls verweigert, sondern Datev-Unterlagen vorgelegt. Er sei sich sicher gewesen, alles vorgelegt zu haben und habe sich die Nachfrage nicht erklären können. Er habe keine Arbeitsverträge und Stundenlohnnachweise und könne sie daher nicht vorlegen. Die Voraussetzungen für eine Schätzung hätten nicht vorgelegen, denn er habe seine Aufzeichnungspflichten nach [§ 28 f Abs. 1 SGB IV](#) erfüllt. Was im Einzelnen zu den vorzulegenden Entgeltunterlagen gehöre, sei in § 8 BVV geregelt. Die von der Antragsgegnerin verlangten Nachweise über den gezahlten Stundenlohn würden dort nicht genannt, zählten also auch nicht zu den aufzubewahrenden Entgeltunterlagen. Es gebe keine Vorschrift, nach der der Nachweis des Stundenlohnes gefordert werden könne. Die Antragsgegnerin habe sich außerdem nicht mit den individuellen Verhältnissen auseinandergesetzt. Die Höhe der geschätzten Entgelte stehe in krassem Missverhältnis zu den Einnahmen, die er gehabt habe. Sie habe die Entgelte für das Jahr 2011 auf 107.139,66 Euro geschätzt. Seine Einnahmen hätten demgegenüber lediglich 111.611,65 Euro betragen. Davon seien noch Fremdleistungen i.H.v. 50.419,85 Euro in Abzug zu bringen. Die Antragsgegnerin habe die tatsächlichen Gegebenheiten vollständig außer Acht gelassen. Er reicht die Gewinnermittlung für das Jahr 2011, wonach den Betriebseinnahmen i.H.v. 138.121,36 Euro insgesamt 114.162,91 Euro Betriebsausgaben (u.a. Materialausgaben i.H.v. 50.419,85 Euro und Löhne und Gehälter i.H.v. 17.458,15 Euro) gegenüber gestanden und der betriebliche Gewinn 23.958,45 Euro betragen hatte, sowie Kopien aus dem Lohnjournal, Meldebescheinigungen zur Sozialversicherung und Lohnabrechnungen, ein. Außerdem legt er Erklärungen dreier ehemalige Arbeitnehmer des inzwischen nicht mehr existierenden Unternehmens, zu denen er noch habe Kontakt herstellen können, vor. Dort ist folgender, gleichlautender Text unterzeichnet:

"Hiermit versichere ich an Eides statt, dass ich in dem Unternehmen (des Antragstellers) als Sicherungsposten ausschließlich geringfügig im Sinne des [§ 8 Abs. 1 Nr. 1 SGB IV](#) beschäftigt war."

Der Antragsteller beantragt, die Vollziehung des Bescheides vom 11.12.2014 auszusetzen.

Die Antragsgegnerin beantragt, den Antrag auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung zurückzuweisen.

Sie meint, da [§ 86 a Abs. 2 Nr. 1 SGG](#) das Vollzugsrisiko bei Beitragsbescheiden grundsätzlich auf die Adressaten verlagern, könnten nur solche Zweifel an der Rechtmäßigkeit des Bescheides ein überwiegendes Aufschubinteresse begründen, die einen Erfolg des Rechtsbehelfs zumindest überwiegend wahrscheinlich erscheinen ließen. Gegenwärtig sei nicht mit überwiegender Wahrscheinlichkeit davon auszugehen, dass sich der angefochtene Bescheid im Hauptsacheverfahren als rechtswidrig erweisen werde. Der Antragsteller habe die vorgeschriebene Prüfung nach [§ 28 p Absatz 1 SGB IV](#) nicht zugelassen. Die für eine derartige Prüfung erforderlichen und mit Schreiben vom 10.10.2014 angeforderten Unterlagen seien nicht vorgelegt worden. In § 8 Abs. 1 Nr. 8 und 10 BVV sei eindeutig geregelt, dass Angaben über die Beschäftigungsart einerseits und die Zusammensetzung des Arbeitsentgelts andererseits vom Arbeitgeber zu führen und im Rahmen von Betriebsprüfungen vorzulegen seien. Zusätzlich sei unter anderem in [§ 2 Abs. 1 Nr. 7](#) Nachweisgesetz die vereinbarte Arbeitszeit schriftlich aufzuzeichnen. Bei der Schätzung stehe dem prüfenden Rentenversicherungsträger kein Ermessen zu, sondern es handele sich um einen Fall der Tatsachenfeststellung im Wege der Beweiserhebung und Beweiswürdigung, die in vollem Umfang gerichtlich nachprüfbar sei. Soweit der Arbeitgeber von einer niedrigeren Summe ausgehen will, liege die Beweislast (beweisen oder zumindest glaubhaft machen) bei ihm. In Ermangelung von Unterlagen und Angaben zu den verrichteten Arbeiten, den tatsächlichen Beschäftigungsumfängen und des mit den Beschäftigten vereinbarten Arbeitsentgeltes gehe die Antragsgegnerin zur Gleichbehandlung aller Arbeitgeber, die eine Prüfung nach [§ 28 p Abs. 1 SGB IV](#) nicht ermöglichen, von einer Vollbeschäftigung aus, für die die Beschäftigten mit einem Arbeitsentgelt in Höhe der für Monatsbezüge geltenden Bezugsgröße (Durchschnittsarbeitsentgelt) entlohnt worden seien. Soweit der Antragsteller hiermit nicht einverstanden sei, habe er die Möglichkeit, die Prüfung zu ermöglichen und die Unterlagen vorzulegen. Um die Richtigkeit der Beitragszahlungen feststellen zu können, sei die Vorlage von Arbeitsverträgen und Stundenaufzeichnungen erforderlich, weil nur anhand dieser Unterlagen die Richtigkeit der Beitragszahlungen auf das sich aus vereinbartem Stundenlohn und geleisteten Arbeitsstunden ergebende Arbeitsentgelt geprüft werden könne. Der Antragsteller habe weder mit den angeforderten Unterlagen noch mit anderen ihm zur Verfügung stehenden Unterlagen die tatsächlichen im Kalendermonat geleisteten Arbeitsstunden, den mit dem Beschäftigten vereinbarten Stundenlohn und das sich aus Multiplikation der geleisteten Arbeitsstunden mit dem vereinbarten Stundenlohn ergebende beitragsrechtlichen Arbeitsentgelt nachgewiesen. Die Zusammensetzung des Arbeitsentgeltes habe somit nicht geprüft werden können. Weitere Ermittlungen seien von ihr nicht vorzunehmen gewesen. Sie halte es für unzumutbar, in den Fällen, in denen Arbeitgeber ihrer Mitwirkungspflicht nicht nachkämen, in dem Sinne tätig zu werden, dass sie rechtserhebliche Tatsachen, um die Richtigkeit der Beitragszahlungen prüfen zu können, in einem zeitaufwändigen Verwaltungsverfahren durch Einzelnachfragen bei den Beschäftigten zu vereinbartem Stundenlohn und monatlich geleisteten Arbeitsstunden erfrage. Der Antragsteller habe 17 Arbeitnehmer, davon 14 geringfügig Beschäftigte im Prüfzeitraum zur gesetzlichen Sozialversicherung angemeldet. Wenn in Fällen, in denen Arbeitgeber geringfügig Beschäftigte zur gesetzlichen Sozialversicherung anmeldeten und eine Prüfung nicht ermöglichen, nicht auf erhöhtes geschätztes Arbeitsentgelt Gesamtsozialversicherungsbeiträge und Umlage erhoben würden, habe sie nichts mehr in der Hand, um die Prüfung nicht doch noch durchführen zu können. Die Arbeitgeber würden für die geringfügig Beschäftigten die Prüfung in dem Wissen, nicht schlechter gestellt werden zu können, nicht zulassen. Soweit auf ein Missverhältnis zwischen Einnahmen und geschätzten Arbeitsentgelten verwiesen werde, fehle es ihr an einem Hinweis, wie sie solche Einnahmen bei der Schätzung hätte berücksichtigen sollen. Das zuständige Betriebsstättenfinanzamt erteile aus Gründen des Datenschutzes und der Schweigepflicht der Antragsgegnerin die Einnahmen des Antragstellers aus selbständiger Arbeit nicht mit. Zur Frage des Gerichts, inwieweit die nunmehr vorgelegten Unterlagen bereits im Verwaltungsverfahren vorgelegen hatten, teilte sie mit, die seinerzeit vorgelegten Unterlagen lägen heute nicht mehr vor. Aus diesen seien jedenfalls nur die Bruttolöhne zu entnehmen gewesen, ohne dass hierauf ein Rückschluss auf die tatsächlichen Arbeitsstunden möglich gewesen sei. Aus der Firmenbezeichnung "Gleisbau" sei nicht eindeutig zu entnehmen gewesen, ob die Firma zum Baugewerbe gehöre oder zu welchem Gewerbe sonst. Eine Zuordnung sei unter Beachtung der bestehenden allgemein verbindlichen Tarifverträge (tariflicher Mindestlohn, auf den ein Anspruch unabhängig von der Zahlung bestehe) zwingend erforderlich. Im vorliegenden Fall habe der triftige Anspruch des einzelnen Arbeitnehmers nicht anhand der vorgelegten Unterlagen feststellen können. Sie habe ihn daher geschätzt. Da hier

keinerlei Angaben vorgelegen hätten, sei eine Schätzung (nur) in Höhe der Bezugsgröße möglich gewesen. Mit einer Schätzung aufgrund Arbeitnehmerbefragung komme der Prüfdienst nicht weiter.

Der Antragsteller erwidert hierzu, Nachweise über den gezahlten Stundenlohn und die Arbeitsverträge habe er nicht verweigert, weil er sie nicht vorlegen wolle, sondern weil er diese nicht habe. Die Antragsgegnerin könne noch sooft sie wolle diese Unterlagen anfordern. Dieser Aufforderung könne er nachkommen, weil es ihm unmöglich sei, solche Unterlagen vorzulegen, die er schlichtweg nicht habe. Das von der Antragsgegnerin zitierte Nachweisgesetz betreffe nur das Verhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer und sei im Bereich des Sozialversicherungsrechts nicht anwendbar. Hinsichtlich der verlangten Nachweise über die Art der ausgeübten Tätigkeit werde auf den jeweils angegebenen Tätigkeitsschlüssel 51222 oder 463 nach dem bis 2011 gültigen Tätigkeitsschlüssel verwiesen. Diese Angaben habe er also gemacht. Den Meldungen hätte die Antragsgegnerin entnehmen können, dass der Tarifvertrag für das Baugewerbe keine Anwendung für die Sicherungsposten finde. Dieses Argument sei zudem neu, es sei bisher nie die Rede davon gewesen, dass ein Tarifvertrag mit Mindestlohnvorschriften Anwendung finden könne. Die Antragsgegnerin versuche hiermit lediglich, ihre Schätzung nachträglich zu begründen.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf den Inhalt der Gerichts- und Verwaltungsakte verwiesen.

II.

Der Antrag des Antragstellers ist als Antrag auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung des Bescheides vom 11.12.2014 auszulegen.

Der Antrag ist zulässig.

Gemäß [§ 86 a Abs. 1 SGG](#) haben Widerspruch und Anfechtungsklage aufschiebende Wirkung. Die aufschiebende Wirkung entfällt nach Abs. 2 u.a. bei der Entscheidung über Versicherungs-, Beitrags- und Umlagepflichten sowie der Anforderung von Beiträgen, Umlagen und sonstigen öffentlichen Abgaben einschließlich der darauf entfallenden Nebenkosten (Nr.1). Ein solcher Fall liegt hier vor. Nach [§ 86b Abs. 1 Satz 1 Nr. 2](#) Sozialgerichtsgesetz (SGG) kann das Gericht der Hauptsache in den Fällen, in denen Widerspruch oder Anfechtungsklage keine aufschiebende Wirkung haben, diese ganz oder teilweise anordnen.

Der Antrag ist auch begründet. Die Entscheidung, ob die aufschiebende Wirkung ausnahmsweise dennoch durch das Gericht angeordnet wird, erfolgt aufgrund einer umfassenden Abwägung des Aufschubinteresses des Antragstellers einerseits und des öffentlichen Interesses an der Vollziehung des Verwaltungsaktes andererseits. Im Rahmen dieser Interessenabwägung ist in Anlehnung an [§ 86a Abs. 3 Satz 2 SGG](#) zu berücksichtigen, in welchem Ausmaß Zweifel an der Rechtmäßigkeit des angegriffenen Verwaltungsaktes bestehen oder ob die Vollziehung für den Antragsteller eine unbillige, nicht durch überwiegende öffentliche Interessen gebotene Härte zur Folge hätte. Da [§ 86a Abs. 2 Nr. 1 SGG](#) das Vollzugsrisiko bei Beitragsbescheiden grundsätzlich auf den Adressaten verlagert, können nur solche Zweifel an der Rechtmäßigkeit des Bescheides ein überwiegendes Aufschubinteresse begründen, die einen Erfolg des Rechtsbehelfs, hier des Widerspruchs, zumindest überwiegend wahrscheinlich erscheinen lassen. Hierfür reicht es nicht schon aus, dass im Rechtsbehelfsverfahren möglicherweise noch ergänzende Tatsachenfeststellungen zu treffen sind. Maßgebend ist vielmehr, ob nach der Sach- und Rechtslage zum Zeitpunkt der Eilentscheidung mehr für als gegen die Rechtswidrigkeit des angefochtenen Bescheides spricht (Landessozialgericht Nordrhein-Westfalen (LSG NRW), u.a. Beschluss vom 27. Juni 2013 - [L 8 R 114/13 B ER](#)-, juris 8 mwN., vgl. auch Keller in Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer, Komm zu [§ 86b SGG](#), 10. Auflage 2012, Rn.12b, 12e ff.).

Im zu entscheidenden Fall bestehen in diesem Sinne erhebliche Zweifel an der Rechtmäßigkeit des angefochtenen Bescheides. Rechtsgrundlage für den angefochtenen Bescheid ist [§ 28 p Abs. 1 Satz 1](#), 4 und 5 SGB IV (in der insoweit unveränderten Fassung vom 12.11.2009). Hiernach prüfen die Träger der Rentenversicherung bei den Arbeitgebern (die gemäß [§§ 28e Abs. 1 Satz 1](#) und 28h Abs. 1 Satz 1 SGB IV den Gesamtsozialversicherungsbeitrag an die Krankenkassen als Einzugsstellen zu zahlen haben), ob diese ihre Meldepflichten und ihre sonstigen Pflichten nach diesem Gesetzbuch, die im Zusammenhang mit dem Gesamtsozialversicherungsbeitrag stehen, ordnungsgemäß erfüllen; sie prüfen insbesondere die Richtigkeit der Beitragszahlungen und der Meldungen (§ 28a) mindestens alle vier Jahre. Die Prüfung umfasst auch die Lohnunterlagen der Beschäftigten, für die Beiträge nicht gezahlt wurden. Die Träger der Rentenversicherung erlassen im Rahmen der Prüfung Verwaltungsakte zur Versicherungspflicht und Beitragshöhe in der Kranken-, Pflege- und Rentenversicherung sowie nach dem Recht der Arbeitsförderung einschließlich der Widerspruchsbescheide gegenüber den Arbeitgebern. Um diese Prüfung zu ermöglichen, sieht das Gesetz in [§ 28f Abs. 1 Satz 1 SGB IV](#) (in der Fassung vom 12.11.2009) Aufzeichnungspflichten des Arbeitgebers vor. Danach hat der Arbeitgeber für jeden Beschäftigten, getrennt nach Kalenderjahren, Lohnunterlagen zu führen und bis zum Ablauf des auf die letzte Prüfung (§ 28p) folgenden Kalenderjahres geordnet aufzubewahren. Die Einzelheiten zum Inhalt und Gestaltung der Entgeltunterlagen, die, wie sich aus [§ 28p Abs. 1 Satz 4 SGB IV](#) ergibt, grundsätzlich unabhängig von der Sozialversicherungspflicht auch für geringfügig Beschäftigte zu führen sind, werden aufgrund der Ermächtigung in [§ 28n Nr. 4 SGB IV](#) an das Bundesministerium für Arbeit und Soziales mit Zustimmung des Bundesrats in der Verordnungswege in der Beitragsverfahrensverordnung geregelt. Inhalt der Entgeltunterlagen sind die Aufzeichnungen nach § 8 BVV. Unterschieden werden darin die Merkmale und Angaben, die der Arbeitgeber aufzeichnen hat, von den ergänzenden Unterlagen, die zur Dokumentation und der Richtigkeit und Wahrheit dieser Angaben zu den Entgeltunterlagen zu nehmen sind. Kein Teil der Entgeltunterlagen sind der Beitragsnachweis und die Beitragsabrechnung, die in § 9 BVV geregelt ist (Werner in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB IV, 2. Aufl. 2011, [§ 28f SGB IV](#), Rn. 31); vielmehr dienen die nach § 8 zu führenden Entgeltunterlagen gerade der Möglichkeit, die Angaben im Beitragsnachweis auf Richtigkeit und Vollständigkeit hin überprüfen zu können. Zu Unrecht verweist der Antragsteller daher zum Nachweis auf die von ihm vorgelegten Meldungen zur Sozialversicherung und Beitragsnachweise. Betriebsprüfungen haben unmittelbar im Interesse der Versicherungsträger und mittelbar im Interesse der Versicherten den Zweck, die Beitragsentrichtung zu den einzelnen Zweigen der Sozialversicherung zu sichern. Aus dem genannten Zweck, Inhalt und Umfang der Betriebsprüfungen folgt, welche Unterlagen der Arbeitgeber dem prüfenden Rentenversicherungsträger vorzulegen hat, nämlich alle, die für die Zahlung des Gesamtsozialversicherungsbeitrags von Bedeutung sind, weil sie hierzu Informationen enthalten. Für die Zahlung des Gesamtsozialversicherungsbeitrags sind Informationen erforderlich, aus denen sich ergibt, ob ein versicherungspflichtiges und damit beitragspflichtiges Beschäftigungsverhältnis vorliegt oder nicht sowie welche Zahlungen in einem versicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnis erfolgten, um die Beitragspflicht von Arbeitsentgelt dem Grunde und der Höhe nach beurteilen zu können und damit ob der Arbeitgeber den zutreffenden Gesamtsozialversicherungsbeitrag abführte sowie seinen Meldepflichten nachkam. Es reicht damit nicht aus, bei der Betriebsprüfung dem prüfenden Rentenversicherungsträger allein Unterlagen der Lohnbuchhaltung vorzulegen.

Schon der Begriff "Entgeltunterlagen" in [§ 28p Abs. 1 Satz 4 SGB IV](#) zeigt, dass darüber hinausgehende Unterlagen vorzulegen sind. Im Hinblick auf die (allgemeinen) Mitwirkungspflichten des Arbeitgebers nach [§ 98 Abs. 1 SGB X](#) (Zehntes Buch Sozialgesetzbuch) und das öffentliche Interesse an der rechtzeitigen und vollständigen Beitragserhebung ([§ 76 Abs. 1 SGB IV](#)) sind sämtliche Unterlagen, die Angaben zu den Beschäftigten enthalten, vorzulegen, und es ist über alle Tatsachen Auskunft zu geben, die für eine Beitragserhebung notwendig sind. Diese gesetzliche Arbeitgeberpflicht wird durch die BVV näher ausgeformt, aber nicht auf die in §§ 8 und 9 BVV genannten Entgeltunterlagen beschränkt (Landessozialgericht Baden-Württemberg, Beschluss vom 23. Oktober 2013 – [L 4 R 4066/13 ER-B](#) –, Rn. 26f, juris, mwN.). Allerdings fehlte es nicht an den in § 8 Ziffer 9 BVV genannten, für die Versicherungsfreiheit maßgebenden Angaben, entgegen der sich aus dem Bescheid entnehmenden Auffassung, dass zur Prüfung, ob die Voraussetzungen des [§ 8 SGB IV](#) vorgelegen haben, der Nachweis des Stundenlohnes und der Arbeitsstunden erforderlich sei. Denn seit 01.04.2003 kommt es für die Geringfügigkeit nur noch auf das gezahlte Entgelt im Monat und nicht mehr auf die Anzahl der Wochenstunden an. Für die Beurteilung der Versicherungspflicht war daher der Nachweis der monatlichen Zahlung ausreichend. Jedoch fehlt es hier an der in § 8 Ziffer 10 BVV ausdrücklich genannten Zusammensetzung und zeitlichen Zuordnung des Arbeitsentgelts. Eine solche Angabe ist auch in den Lohnabrechnungen, die die geleistete Stundenzahl im abgerechneten Monat und den Stundenlohn nicht enthalten, nicht zu finden. Hat ein Arbeitgeber die Aufzeichnungspflicht nicht ordnungsgemäß erfüllt und können dadurch die Versicherungs- oder Beitragspflicht oder die Beitragshöhe nicht festgestellt werden, kann der prüfende Träger der Rentenversicherung nach [§ 28f Abs. 2 Satz 1 SGB IV](#) den Beitrag in der Kranken-, Pflege- und Rentenversicherung und zur Arbeitsförderung von der Summe der vom Arbeitgeber gezahlten Arbeitsentgelte geltend machen. Wie dargestellt liegt zwar eine Aufzeichnungspflichtverletzung vor, die im Gesetz aber weiterhin vorausgesetzte Kausalität ist jedoch angesichts der Regelung des [§ 8 SGB IV](#) n.F. (seit 01.04.2003) allenfalls mit der nachgeschobenen Begründung einer Überprüfung eines eventuell höheren tariflichen Anspruchs nachzuvollziehen. Die eingeräumte Befugnis zur Schätzung gilt nach Satz 2 der Vorschrift allerdings nicht, soweit ohne unverhältnismäßig großen Verwaltungsaufwand festgestellt werden kann, dass Beiträge nicht zu zahlen waren oder Arbeitsentgelt einem bestimmten Beschäftigten zugeordnet werden kann. Am Vorliegen dieser weiteren Voraussetzung bestehen hier ernstliche Zweifel. [§ 28f Abs. 2 SGB IV](#) enthält keine Beweislastumkehr und prinzipiell keine Ausnahme vom Amtsermittlungsgrundsatz ([§ 20 SGB X](#)), jedoch werden an sich mögliche Ermittlungen nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit auf ein zumutbares Maß beschränkt. Denn dem Zweck der Sicherung des Beitragsaufkommens in [§ 28f Abs. 2 SGB IV](#) würde es offensichtlich zuwider laufen, wenn auch bei größten Aufzeichnungspflichtverletzungen ein Arbeitgeber die Beitragszahlungsverpflichtung durch Einfordern langwieriger Ermittlungen aufschieben könnte. Daraus folgt im Umkehrschluss aber auch, dass [§ 28f Abs. 2 SGB IV](#) nicht für Fälle gilt, in denen die Beschäftigten durch Sachaufklärung hätten festgestellt werden können und die Feststellung der Beitragshöhe für einen bestimmten Zeitraum mit vertretbarem Aufwand möglich gewesen wäre (Werner in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB IV, 2. Aufl. 2011, [§ 28f SGB IV](#), Rn. 57f). Anders als für diese Fälle also vorausgesetzt und von der Antragsgegnerin dargestellt hat sich der Antragsteller aber einer Betriebsprüfung nicht widersetzt. Angesichts der unvollständigen Führung der Verwaltungsakte kann nicht mehr nachvollzogen werden, ob der Antragsteller nicht seinerzeit bereits zumindest alle ihm tatsächlich vorliegenden Unterlagen, die nunmehr im Gerichtsverfahren vorgelegt wurden, übersandt hatte, also auch die von der Antragstellerin angeforderten Lohnabrechnungen. Dies ist zu Gunsten des Antragstellers angesichts der fehlenden Aufbewahrung durch die Antragsgegnerin zu unterstellen. Bereits aus dem Widerspruch des Antragstellers ergibt sich, dass dieser der Überzeugung war, alle erforderlichen Unterlagen zugesandt zu haben, was angesichts der nur auf die monatliche Zahlung abstellenden Geringfügigkeitsregelung und des fehlenden Hinweises auf die Prüfung eines eventuellen tariflichen Mindestlohnes nicht ganz unverständlich ist. Auch wenn er stets mit der fehlenden Verpflichtung, Stundenlohnachweise (zu Unrecht) und Arbeitsverträge (zu Recht) vorzulegen, argumentiert hat, hat sich bereits aus seinen Ausführungen erschlossen, dass er solche Unterlagen schlichtweg nicht geführt hat, sie ihm also nicht vorlagen und er sie damit auch nicht vorlegen konnte. Der Hinweis auf das Nachweisgesetz, dass in der Tat nicht im Verhältnis zur Sozialversicherung, sondern lediglich zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber zu Beweissicherungszwecken eine Aufzeichnungspflicht begründet (LSG Sachsen-Anhalt, Urteil vom 19. Juli 2007 – [L 3 RJ 204/03](#) –, Rn. 28, juris), hat den Antragsteller insoweit nachvollziehbar nicht überzeugt. Aus all diesen Umständen schließt das Gericht, dass es dem Antragsteller gerade nicht darum ging, vorhandene Unterlagen zurückzuhalten, um seine Pflicht zur Beitragszahlung durch die Verursachung langwieriger Ermittlungen hinauszuschieben, sondern dass er insoweit lediglich einem Irrtum über seine Arbeitgeberpflichten unterlegen war. Dabei ist auch zu berücksichtigen, dass sich die Zweifel der Antragsgegnerin lediglich aus der fehlenden Aufzeichnung und nicht aufgrund irgendwelcher anderen Verdachtsmomente ergeben haben. Aus welchen Gründen die Antragsgegnerin eventuelle Zweifel an der richtigen Bewertung hinsichtlich der Beitragspflicht nicht durch eine gegebenenfalls stichprobenartige schriftliche Befragung der (als geringfügig gemeldeten und aus den Unterlagen mit Anschrift ersichtlichen) Arbeitnehmer ausgeräumt oder aber belegt hat, bleibt unklar. Warum die Antragsgegnerin meint, mit einer Schätzung aufgrund Arbeitnehmerbefragung komme der Prüfdienst nicht weiter, wird nicht näher begründet. Hier jedenfalls dürfte angesichts des überschaubaren Umfangs und der den Lohnunterlagen zu entnehmenden Anschriften zumindest der Versuch, eine repräsentative stichprobenartige Befragung vorzunehmen, weder unzumutbar noch aussichtslos gewesen sein. Dabei ist es nicht Aufgabe des Gerichtes, eine generelle Festlegung vorzunehmen, bei welcher Anzahl von Mitarbeitern eine Befragung noch zumutbar ist und ab welcher nicht mehr. Aus welchen Gründen die Antragsgegnerin außerdem meint, Zweifel an der Beschäftigungsart anmelden zu müssen, kann letztlich offen bleiben. In der Tat hat sie erst im Laufe des Gerichtsverfahrens vorgetragen, eine Zugehörigkeit zum Baugewerbe (und damit die Einhaltung des Tariflohnanspruchs mit der möglichen Folge der Überschreitung der 400-Euro-Grenze) überprüfen zu müssen. Im Hinblick auf die Bezeichnung der Firmentätigkeit, aus der sich ergibt, dass der Antragsteller nicht im Gleisbau, sondern in der Gleisbausicherung tätig ist, dürfte die Tätigkeit hierzu passend als Streckenarbeiter/Streckenwärter (Bahn) verschlüsselt worden sein. Jedenfalls aber hätte auch hier ggfs. eine Befragung des Antragstellers, eine Überprüfung der Gewerbeanmeldung oder eine zusätzliche Frage an die ohnehin zu befragenden Arbeitnehmer Klarheit bringen können. Nach alledem steht es nicht fest, dass die Zweifel an der Richtigkeit der Bewertung nicht durch zumutbare Ermittlungen hätten ausgeräumt werden können.

Angesichts der Umstände bestehen schließlich außerdem erhebliche Zweifel an der Ermessensfehlerfreiheit der Entscheidung. [§ 28f Absatz 2 Satz 1 SGB IV](#) stellt den Erlass eines Summenbeitragsbescheides in das Ermessen des Rentenversicherungsträgers ("kann"), d.h. der Rentenversicherungsträger muss nicht jeder Aufzeichnungspflichtverletzung mit einem Summenbeitragsbescheid begegnen. Mithin ist die Ausübung des Ermessens (insbesondere bei Ermessensfehlergebrauch, Übermaßverbot) gerichtlich überprüfbar (Werner in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB IV, 2. Aufl. 2011, [§ 28f SGB IV](#), Rn. 55). Dem Bescheid vom 11.12.2014 ist nicht zu entnehmen, dass die Antragstellerin überhaupt erkannt hat, dass Ermessen auszuüben ist, geschweige denn von welchen Erwägungen sie sich bei der Ausübung des Ermessens hat leiten lassen. Angesichts der Umstände, insbesondere der tatsächlichen Mitwirkung des Antragstellers im Rahmen des ihm faktisch Möglichen und der angesichts der Irrelevanz der geleisteten Arbeitsstunden für die Bewertung der Tätigkeit als geringfügig, erscheint der Pflichtverstoß des Antragstellers gerade nicht als gröblich. Von einer Ermessensreduzierung auf Null, also der Erhebung der Nachforderung und Schätzung der vorgenommenen Art als einziger dem Zweck des Ermessens entsprechender Entscheidung kann unter Beachtung des Übermaßverbotes nicht ausgegangen werden. Auf die Ausübung von Ermessen und damit auf die Darlegung, dass und unter welchen

Kriterien Ermessen ausgeübt wurde, kann daher nicht verzichtet werden. Daran aber fehlt es hier.

Ergänzend sei darauf hingewiesen, dass sich schließlich die Frage der Rechtmäßigkeit der vorgenommenen Schätzung der Höhe nach stellen würde. Nach [§ 28 Abs. 2 Satz 1 SGB IV](#) kann der prüfende Träger der Rentenversicherung, wenn ein Arbeitgeber die Aufzeichnungspflicht nicht ordnungsgemäß erfüllt und dadurch die Versicherungs- oder Beitragspflicht oder die Beitragshöhe nicht festgestellt werden können, und wenn zudem nicht ohne unverhältnismäßig großen Verwaltungsaufwand festgestellt werden kann, dass Beiträge nicht zu zahlen waren (dazu oben), den Beitrag von der Summe der vom Arbeitgeber gezahlten Arbeitsentgelte geltend machen. Erst wenn sich die Summe der Arbeitsentgelte nicht oder nicht ohne unverhältnismäßig großen Verwaltungsaufwand lässt, ist die Entgeltsumme zu schätzen. Unter der Prämisse des Ausgangsbescheides, nämlich der fehlenden Klarheit über die Frage der Geringfügigkeit als solcher, hätte sich die Summe der Arbeitsentgelte aber aus den vorgelegten Lohnunterlagen ermitteln lassen. Ein dem Gesetz entsprechender Weg wäre es also gewesen, hieraus und oder sogar einfacher aus den bereits vorliegenden steuerlichen Unterlagen (die Gewinnermittlung für 2011 wurde am 08.10.2013 erstellt, so dass bis dahin eine einfache Berechnungsgrundlage vorgelegen hat, die angefordert hätte werden können) die gezahlten Arbeitsentgelte, die die Löhne der geringfügig tätigen Mitarbeiter umfasst haben, insgesamt der Berechnung der Sozialversicherungsbeiträge zu unterwerfen. Der Antragsteller hat seine Gewinnermittlung beispielhaft für das Jahr 2011 offen gelegt. Es ist kein Anhaltspunkt dafür erkennbar, dass er dies nicht auf entsprechende Anforderung im Verwaltungs- oder Widerspruchsverfahren getan hätte, um eine Grundlage für die nach Auffassung der Antragsgegnerin vorzunehmende Schätzung zu geben, so dass der Hinweis auf die fehlende Möglichkeit, solche Angaben von Amts wegen anzufordern, zwar richtig ist, aber nicht zielführend. Denn freiwillig kann ein Arbeitgeber diese Angaben durchaus – wie geschehen – machen, so dass der Antragsteller hätte aufgefordert werden können, andere Unterlagen als die stets nur geforderten, aber nicht vorhandenen vorzulegen. Die Antragsgegnerin hätte – bei Vorlage der sonstigen Voraussetzungen – eine höhere Schätzung der gezahlten Arbeitsentgelte daher zum einen nur vornehmen können, soweit sie Zweifel an der Höhe der tatsächlich ausgezahlten Lohnsummen hatte. Zum anderen hätte sie eine höhere Schätzung der gezahlten Arbeitsentgelte dann vornehmen können, wenn sie begründete Zweifel am tariflichen Entgeltanspruch (z.B. wegen eines begründeten und nicht durch zumutbare Ermittlungen ausgeräumten Verdachts der Zugehörigkeit zum Baugewerbe) gehabt hätte. Zweifel an der Höhe der tatsächlich ausgezahlten Lohnsummen sind dem Bescheid nicht zu entnehmen. In diesem Falle hätte die Antragsstellerin auch andere Unterlagen, z.B. Kontoauszüge oder Quittungen anfordern müssen. Die Antragsgegnerin hat aber nur gerügt, dass der Stundenlohn und die wöchentlichen Arbeitszeiten, d.h. die Entgeltbestandteile, und die Beschäftigungsart nicht nachvollzogen werden konnten. Anhaltspunkte dafür, dass der Antragsteller tatsächlich höhere Arbeitsentgelte gezahlt hat als gemeldet, letztendlich also eine kriminelle Handlung begangen hat, liegen nicht vor. Die Antragstellerin hat dies auch im gerichtlichen Verfahren nicht einmal behauptet. Aber selbst in diesem Fall ist die Entgeltsumme sorgfältig zu schätzen. Die Schätzung ist keine "Bestrafung" für die Verletzung der Aufzeichnungspflicht, sondern dient der möglichst genauen Feststellung der Beitragslast des Arbeitgebers. Die gesetzlichen Vorgaben erlauben nicht einmal, ein unkooperatives und ordnungswidriges und unter Umständen sogar strafrechtlich relevantes Verhalten beitragsrechtlich zu sanktionieren, indem ohne nähere Prüfung Beiträge in maximaler Höhe gefordert werden (Landessozialgericht für das Land Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 01. Juli 2004 – [L 5 B 2/04 KR ER](#) –, Rn. 24f., juris, mwN.). Zu den Schätzungsmethoden enthält das Gesetz keine ausdrückliche Regelung. Der Rentenversicherungsträger muss von sachlichen und nachvollziehbaren Erwägungen ausgehen, ist aber letztlich in der Wahl seiner Mittel frei, selbst wenn das Ergebnis für den Beitragsschuldner einmal nicht das Günstigste ist. Ausgeschlossen sind aber Schätzungen, die willkürlich von vollkommen lebensfremden Verhältnissen ausgehen. Ebenso sind sog. Übermaßschätzungen zur Erzwingung der Mitwirkungshandlung auch im Beitragsrecht abzulehnen (Werner in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB IV, 2. Aufl. 2011, [§ 28f SGB IV](#), Rn. 66, 68). Die Schwierigkeiten, einen Arbeitgeber zur Mitwirkung zu bewegen, rechtfertigen daher entgegen der Auffassung der Antragsgegnerin nicht eine pauschale, offensichtlich überhöhte Nachforderung losgelöst vom einzelnen Sachverhalt. Auch ergibt sich die vorgenommene pauschale Schätzung nach den Bruttolohnsummen nicht aus dem Gesetz. Zwar wird die Schätzung auch nach allgemeinen Durchschnittsverdiensten in der Rentenversicherung neben anderen möglichen Vorgehensweisen für unbedenklich gehalten (Werner, aaO., Rn. 68). Jedoch kann dies nicht für jeden Fall gelten. Als generelle Vorgehensweise auch mit dem Argument, damit eine Gleichbehandlung gewährleisten zu wollen, ist diese Form der Schätzung nicht geeignet. Gerade bei der Frage der Gleichbehandlung sind immer die individuellen Umstände des Falles zu berücksichtigen, da nur Vergleichbares gleich behandelt werden soll. Die Unbedenklichkeit, allgemeine Durchschnittsverdienste in der Rentenversicherung zugrundelegen können, setzt daher, weil es hier um die Beschäftigung geringfügiger Mitarbeiter geht und dies auch in dieser Branche nicht unüblich sein dürfte, voraus, dass berechtigterweise auch von der Möglichkeit tatsächlicher Vollzeitbeschäftigung ausgegangen werden kann. Das ist hier, da keine Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass der Antragsteller pflichtwidrig generell Vollzeitbeschäftigte als geringfügig entlohnte gemeldet hat, und auch im Hinblick auf die vom Antragsteller dargelegten Einnahme/Ausgabenverhältnisse, nicht der Fall. Der Antragsteller hat seine diese beispielhaft für das Jahr 2011 offen gelegt. Es ist kein Anhaltspunkt dafür erkennbar, dass er dies nicht auf entsprechende Anforderung bereits im Verwaltungs- und Widerspruchsverfahren getan hätte, um eine Grundlage für die nach Auffassung der Antragsgegnerin vorzunehmende Schätzung zu geben. Die Antragstellerin hat, legt man ohne Prüfung im einzelnen für die bisher nicht zur Sozialversicherung gemeldeten Beschäftigten monatlich das maximal zulässige Arbeitsentgelt von seinerzeit 400 Euro gemäß [§ 8 SGB IV](#) für geringfügige Tätigkeiten zu Grunde, dass 5- oder sogar 10 -fache des vom Antragsteller gemeldeten Betrages zu Grunde gelegt. Selbst bei Bejahung der Voraussetzungen einer Schätzung dem Grunde nach wegen möglicher Überschreitung der Geringfügigkeitsgrenze aufgrund eines eventuell höheren tariflichen Stundenlohnanspruchs entspräche dies nach summarischer Prüfung nicht den vorgenannten Kriterien für eine sorgfältige Schätzung. Auch dann lägen sachliche Gründe vor, die gegen eine Gleichbehandlung mit Vollzeitbeschäftigten sprächen, da auch bei einer Schätzung unter Zugrundelegung eines auf den Mindestlohn im Baugewerbe erhöhten Lohnanspruches der als geringfügig geführten Mitarbeiter die Anhebung der Lohnansprüche von 400 Euro auf über 2.500 Euro weit überhöht sein dürften. Schließlich gehört der Antragsteller, wie dargestellt, gerade nicht zur Gruppe derjenigen Arbeitgeber, die eine Prüfung nicht ermöglichten; bereits insoweit fehlt es an der Zugehörigkeit der nach Auffassung der Antragsgegnerin gleichzubehandelnden Gruppe von Arbeitgebern.

Die nach alledem erheblichen Zweifel an der Rechtmäßigkeit des Bescheides dem Grunde nach, wegen fehlender Ermessensausübung sowie – hilfsweise – an der angesetzten Höhe der Nachforderung lassen den Erfolg des Widerspruchs überwiegend wahrscheinlich erscheinen und begründen damit ein überwiegendes Aufschubinteresse des Antragstellers. Dem Antrag war daher stattzugeben.

Die Kostenentscheidung beruht auf [§ 197a Abs. 1 Satz 1 SGG](#) i.V.m. [§ 154 Abs. 1](#) Verwaltungsgerichtsordnung.

Die Festsetzung des Streitwerts gemäß [§ 197a Abs. 1 Satz 1 SGG](#) i.V.m. [§§ 63 Abs. 2](#), [52 Abs. 1](#) und [2, 47 Abs. 1](#) Gerichtskostengesetz entspricht der Praxis der Kammer und des Beschwerdegerichtes, im einstweiligen Rechtsschutz von einem Viertel des Hauptsachestreitwerts auszugehen (vgl. zuletzt LSG NRW, Beschluss vom 27. Juni 2013 – [L 8 R 114/13 B ER](#) –, juris Rn. 27, mwN.).

Rechtskraft

Aus

Login

NRW

Saved

2016-01-28