

L 5 B 1/06 R ER

Land
Nordrhein-Westfalen
Sozialgericht
LSG Nordrhein-Westfalen
Sachgebiet
Rentenversicherung
Abteilung
5
1. Instanz
SG Köln (NRW)
Aktenzeichen
S 25 R 171/06 ER
Datum
23.05.2006
2. Instanz
LSG Nordrhein-Westfalen
Aktenzeichen
L 5 B 1/06 R ER
Datum
19.09.2006
3. Instanz
Bundessozialgericht
Aktenzeichen
-

Datum
-

Kategorie
Beschluss

1.
Die Beschwerde wird zurückgewiesen.

2.
Der Antragsteller trägt die Kosten des Verfahrens in beiden Rechtszügen. Außergerichtliche Kosten werden nicht erstattet. Die Beigeladenen tragen ihre Kosten selbst.

3.
Der Streitwert wird auf 137.100,- EUR festgesetzt.

Gründe:

Der Antragsteller begehrt vorläufigen Rechtsschutz gegen eine Beitragsnachforderung für die Zeit vom 01.01.1998 bis zum 31.12.2004.

I.

Der am 00.00.1960 geborene Antragsteller (Ast.) betreibt mehrere Imbiss-/Grillstände in Nordrhein-Westfalen. Daneben sucht er Veranstaltungen mit fahrbaren Imbiss-/Grillständen auf und ist Inhaber eines Partyservices. Zwischen August 2002 und Juli 2003 führten Arbeitsmarktinspektionen der Arbeitsämter C, X und H standardisierte Befragungen von Arbeitnehmern des Ast. an den festen Ständen durch. Im November 2002 wurde eine Prüfung der Lohn- und Meldeunterlagen des Betriebes des Ast. für das Jahr 2002 vorgenommen. Insgesamt erschien die Beschäftigtenzahl für den Betrieb der an sechs weit auseinander liegenden Standorten betriebenen Grillstände als zu gering. Außerdem war aufgefallen, dass der nicht gemeldete K T, der angab, seit mehreren Jahren für den Ast. aushilfsweise zu arbeiten, zweimal (u.a. am 17.07.2003) am Grillstand in H1 angetroffen worden war. Die Antragsgegnerin (Ag.), welche vom Arbeitsamt C um Bewertung der getroffenen Feststellungen ersucht wurde, stellte - nach Durchführung einer weiteren Sonderbetriebsprüfung - fest, dass in den Jahren 1998 bis 2004 - zeitgleich mit den Zahlungen für die Aushilfskräfte - sog. "Privatentnahmen" im Umfang von jährlich ca. 20.000,- DM/10.000,- EUR aus den Kassen der festen Stände vorgenommen wurden. Nachdem der Ast. eingeräumt haben soll, diese "Privatentnahmen" zur Zahlung von "Schwarzlöhnen" verwendet zu haben, eine personenbezogene Zuordnung jedoch nicht mehr möglich sei, beabsichtigte die Ag. Gesamtsozialversicherungsbeiträge einschließlich Säumniszuschläge aus den ermittelten Privatentnahmen in Höhe von insgesamt 61.610,67 EUR nachzufordern (Anhörungsschreiben vom 03.02.2004). Der Steuerberater des Ast. führte hierzu u.a. aus, dass "Schwarzgeldzahlungen" ausschließlich den Arbeitnehmer K T betroffen hätten, der in der Zeit von Mai 2002 bis Juni 2003 gelegentlich ausgeholfen habe (Schreiben vom 26.05.2004).

Im Übrigen seien - mit einer Ausnahme - die festen Stände zwar an sechs Tagen der Woche betrieben worden, aber an den Tagen Montag bis Freitag nur zwischen 6,5 und 8 Stunden sowie an den Samstagen nur zwischen 3 und 3,5 Stunden geöffnet gewesen. Die Fehlstunden im Jahr 2002 in Höhe von 1967 seien durch den Unternehmer selbst, den Ehegatten sowie die Schwiegereltern und den Vater des Unternehmers abgedeckt worden (vgl. Schreiben vom 28.06.2004). Nachdem das Hauptzollamt L weiteres Beweismaterial sichergestellt und die Ag. dieses Material ausgewertet hatte, stellte die Ag. fest, dass für die fahrbaren Stände des Ast. weitere Arbeitsstunden angefallen sind. Mit Schreiben vom 16.06.2005 teilte sie dem Ast. mit, dass nunmehr beabsichtigt sei, für die Zeit vom 01.01.1998 bis 31.12.2004 Gesamtsozialversicherungsbeiträge einschließlich Säumniszuschläge in Höhe von insgesamt 455.765,42 EUR nachzuerheben. Hierzu führte der Steuerberater des Ast. aus, dass die von der Ag. getroffenen Feststellungen teilweise falsch seien. Bei den festen Ständen sei z.B. übersehen worden, dass diese zeitweise gar nicht betrieben wurden. Außerdem seien die Öffnungszeiten fehlerhaft sowohl für die festen als

auch für die fahrbaren Stände einheitlich mit 10 Stunden (09.00 - 19.00 Uhr) angegeben worden; den beigefügten Bestätigungen der Marktleiter seien demgegenüber für die festen Stände hiervon deutlich abweichende Öffnungszeiten zu entnehmen. Einige der von der Ag. berücksichtigten fahrbaren Stände seien tatsächlich gar nicht beschickt worden. Schließlich seien die nicht durch Personal abgedeckten Stunden (1998: 543 Std., 2000: 971 Std., 2001: 2.495 Std., 2002: 3.698 Std., 2003: 2807 Std., 2004: 207 Std.) von ihm, seiner Ehefrau und Familienangehörigen geleistet worden. Nachdem die Ag. sich mit den Einwänden des Ast. z.B. zu den mit fahrbaren Ständen nicht angefahrenen Veranstaltungen, auseinander gesetzt und gleichzeitig weitere Ermittlungsergebnisse berücksichtigt hatte, erließ sie den hier streitigen Bescheid vom 14.02.2006, nach dem der Ast. für die Jahre 1998 bis 2004 Gesamtsozialversicherungsbeiträge in Höhe von 471.833,76 EUR (incl. 147.632,99 EUR Säumniszuschläge für die Zeit vom 16.2.1998 bis 16.6.2005) an die beigeladenen Einzugstellen zu zahlen habe. Ein Teil der nachgeforderten Gesamtsozialversicherungsbeiträge wurde konkreten Arbeitnehmerinnen, die beim Ast. beschäftigt gewesen waren, zugeordnet. Für den überwiegenden Teil der streitigen Gesamtsozialversicherungsbeiträge wurde indes eine personenbezogene Zuordnung nicht vorgenommen. Hiergegen legte der Ast. am 10.03.2006 Widerspruch ein, über den die Ag. noch nicht entschieden hat.

Der Ast. beantragte zudem die Aussetzung der Vollziehung, welche die Ag. nur in Höhe von 50.000,- EUR anordnete; damit wollte sie berücksichtigen, dass durch weitere Ermittlungen noch geklärt werden sollte, ob der Ast. einen Teil der gemieteten Stellplätze auf Veranstaltungen an den Zeugen H2 weitergegeben hatte. Am 15.05.2006 hat der Ast. beim Sozialgericht (SG) Köln beantragt, die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs anzuordnen, da der angegriffene Bescheid aus seiner Sicht rechtswidrig sei. Zu Unrecht gehe die Ag. davon aus, dass beschäftigte Arbeitnehmer höheres Einkommen erhalten hätten als den Einzugstellen gemeldet worden sei. Außerdem seien die Grillstände - mit einer Ausnahme - auch nicht mit Arbeitnehmern besetzt worden, die nicht zur Sozialversicherung angemeldet worden seien. Der Ast. hat beantragt, die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs vom 10.03.2006 gegen den Bescheid der Ag. vom 14.2.2006 anzuordnen. Die Ag. hat beantragt, den Antrag abzulehnen.

Das SG hat den Antrag mit Beschluss vom 23.05.2006 abgelehnt. Zur Begründung hat das SG im Wesentlichen ausgeführt, dass ernstlichen Zweifel an der Rechtmäßigkeit des streitigen Bescheides nicht bestehen. Insbesondere die hierzu vernommenen Zeugen stützten die dem Bescheid zugrunde liegenden Überlegungen. Für die Einzelheiten der Begründung wird auf die Ausführungen des erstinstanzlichen Beschlusses verwiesen.

Am 19.6.2006 hat der Ast. Beschwerde erhoben, der das SG Köln nicht abgeholfen hat. Zur Begründung wiederholt er im Wesentlichen sein bisheriges Vorbringen und führt aus, dass das SG sich mit seinen Einwänden nur unzureichend auseinander gesetzt habe. Die Annahmen der Ag. basierten im Wesentlichen auf Vermutungen und Schätzungen, die nicht belegt seien.

Der Ast. beantragt sinngemäß, den Beschluss des SG Köln aufzuheben und die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs gegen den Bescheid vom 14.02.2006 anzuordnen, soweit sie nicht schon durch die Ag. angeordnet worden ist.

Die Ag. beantragt, die Beschwerde zurückzuweisen.

Die Beigeladenen haben keinen Antrag gestellt.

Für das weitere Vorbringen der Beteiligten wird auf die Gerichtsakte sowie die Verwaltungsakten der Ag., die zum Gegenstand des Verfahrens gemacht wurden, verwiesen.

II.

1.

Die Beschwerde ist zulässig, hat aber in der Sache keinen Erfolg. Die gesetzlichen Voraussetzungen für die Anordnung der aufschiebenden Wirkung des Widerspruchs sind nicht gegeben.

Nach [§ 86a Abs. 2 Ziff. 1](#) Sozialgerichtsgesetz ("SGG", i.d.F. der Bekanntmachung vom 23.09.1979, BGBl. I, 2325, zuletzt geändert durch Art. 9 des Gesetzes zur Fortentwicklung der Grundsicherung für Arbeitssuchende vom 20.07.2006, BGBl. I, 2535) bewirken Widersprüche und Anfechtungsklagen, die sich - wie hier - gegen Bescheide über Anforderungen von Beiträgen einschließlich der darauf entfallenden Nebenkosten (u.a. Säumniszuschläge gem [§ 24 Abs. 1 SGB IV](#)) richten, keine aufschiebende Wirkung. Das Gericht der Hauptsache kann in diesen Fällen gemäß [§ 86b Abs. 1 Ziff. 2 SGG](#) auf Antrag die aufschiebende Wirkung anordnen. Im Rahmen der Prüfung ist dabei die Regelung in [§ 86a Abs. 3 Satz 2 SGG](#) heranzuziehen (Keller, in: Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer, SGG 8. Aufl. § 86b Rn. 12c), wonach die Aussetzung der Vollziehung erfolgen soll, wenn nach summarischer Prüfung "ernstliche Zweifel an der Rechtmäßigkeit des angegriffenen Verwaltungsaktes bestehen" oder wenn die Vollziehung durch den Kostenpflichtigen eine "unbillige, nicht durch überwiegende öffentliche Interessen gebotene Härte" zur Folge hätte.

a)

Nach Auffassung des erkennenden Senats bestehen gegenüber dem angegriffenen Bescheid keine ernstlichen Zweifel an der Rechtmäßigkeit. Ernstliche Zweifel an der Rechtmäßigkeit eines Bescheides bestehen - wovon das SG zu Recht ausgegangen ist - nur, wenn aufgrund summarischer Prüfung der Sach- und Rechtslage der Erfolg des Rechtsbehelfs im Hauptsacheverfahren wahrscheinlicher ist, als der Misserfolg (LSG Bad.-Württ. Beschluss vom 09.01.2003, L 13 AL 4269/02 ER-B, juris; dass., Beschluss vom 12.04.2006, [L 7 AS 1196/06 ER-B](#), juris). Davon ist der Senat nicht überzeugt. Der streitgegenständliche Bescheid ist vielmehr rechtmäßig und der Widerspruch hat keine Aussicht auf Erfolg.

aa)

Mit dem angegriffenen Bescheid werden für die Zeit vom 01.01.1998 bis 31.12.2004 Gesamtsozialversicherungsbeiträge in Höhe von 324.200,77 EUR sowie Säumniszuschläge gemäß [§ 24 Abs. 1 SGB IV](#) in Höhe von 147.632,99 EUR (insgesamt 471.833,76 EUR) nachgefordert. Die Ag. hat zum einen für die gemeldeten und zu diesem Verfahren beigeladenen ehemaligen Arbeitnehmer personenbezogene Nachberechnungen vorgenommen, weil diese in ihren staatsanwaltschaftlichen Vernehmung ausgesagt hatten, z.T. deutlich mehr Stunden als abgerechnet gearbeitet zu haben. Zum anderen ist die Ag. im Übrigen davon ausgegangen, dass - neben K T -

weitere Arbeitnehmer im Unternehmen des Ast. tatsächlich beschäftigt worden sind, ohne zur Sozialversicherung angemeldet worden zu sein. Insoweit ist der Bescheid der Ag als Beitragssummenbescheid ergangen. Der Bescheid ist formell rechtmäßig, verstößt insbesondere nicht gegen [§ 24 SGB X](#). Danach ist der Betroffenen vor Erlass eines belastenden Bescheids anzuhören. Zwar ist der Ast. vor Erlass des Bescheids angehört worden, jedoch hat die Berücksichtigung neuer Erkenntnisse zu einer Erhöhung der Nachzahlungssumme geführt. Die insoweit erforderliche neue Anhörung ist allerdings durch das ausschließende Widerspruchsverfahren wirksam nachgeholt worden, so dass der Verstoß gegen [§ 24 SGB X](#) gem. [§ 41 Abs. 1 Ziff. 3 SGB X](#) geheilt wurde. Bemessungsgrundlage für den Gesamtsozialversicherungsbeitrag ([§ 28d Satz 1 SGB IV](#)) ist das Arbeitsentgelt aus einer versicherungspflichtigen Beschäftigung ([§ 226 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 SGB V](#), [§ 57 Abs. 1 SGB XI](#), [§ 162 Nr. 1 SGB VI](#), [§ 342 SGB III](#)). Den Gesamtsozialversicherungsbeitrag hat der Arbeitgeber zu zahlen ([§ 28e Abs. 1 Satz 1 SGB IV](#)), auch wenn Arbeitgeber und Arbeitnehmer die Beiträge in der Regel zu gleichen Teilen zu tragen haben ([§ 346 Abs. 1 Satz 1 SGB III](#), [§ 249 Abs. 1 SGB V](#), [§ 168 Abs. 1 Satz 1 Ziff. 1 Alt. 1 SGB VI](#), [§ 58 Abs. 1 Satz 1 SGB XI](#)).

Kommt der Arbeitgeber seiner Verpflichtung, den Gesamtsozialversicherungsbeitrag trotz Fälligkeit zu zahlen, nicht nach, so hat grundsätzlich die zuständige Einzugsstelle den Gesamtsozialversicherungsbeitrag geltend zu machen ([§ 28h Abs. 1 Satz 3 SGB IV](#)). Wenn die Träger der Rentenversicherung allerdings - wie vorliegend - gem. [§ 28p SGB IV](#) bei Arbeitgebern prüfen, ob diese ihre Meldepflichten und ihre sonstigen Pflichten im Zusammenhang mit den Gesamtsozialversicherungsbeitrag ordnungsgemäß erfüllen, so erlassen sie im Rahmen der Prüfung auch Verwaltungsakte zur Versicherungspflicht und Beitragshöhe in der Kranken-, Pflege- und Rentenversicherung sowie nach dem Recht der Arbeitsförderung einschließlich der Widerspruchsbescheide gegenüber den Arbeitgebern ([§ 28p Abs. 1 Satz 5 SGB IV](#)). Nach [§ 28f Abs. 1 SGB IV](#) hat der Arbeitgeber für jeden Beschäftigten, getrennt nach Kalenderjahren, Lohnunterlagen zu führen und bis zum Ablauf des auf die letzte Prüfung ([§ 28p SGB IV](#)) folgenden Kalenderjahres geordnet aufzubewahren. Nach [§ 2 Abs. 1 Beitragsüberwachungsverordnung](#) in der Fassung vom 28.7.1997 (BÜVO, BGBl. I, 1930; zuletzt geändert durch das Gesetz zur Vereinfachung der Verwaltungsverfahren im Sozialrecht vom 31.3.2005, [BGBl. I, 818](#)) hat der Arbeitgeber in den Lohnunterlagen u.a. folgende Angaben über den Beschäftigten aufzunehmen: den Familien- und Vornamen und gegebenenfalls das betriebliche Ordnungsmerkmal (1.),

das Geburtsdatum (2.),

die Anschrift (3.),

den Beginn und das Ende der Beschäftigung (4.),

die Beschäftigungsart (5.),

das Arbeitsentgelt nach [§ 14 SGB IV](#) (7.),

seine Zusammensetzung und zeitliche Zuordnung (8).

Soweit sich im Rahmen der Prüfung ergibt, dass ein Arbeitgeber seine Aufzeichnungspflicht nicht ordnungsgemäß erfüllt hat und dadurch die Versicherungs- oder Beitragspflicht oder die Beitragshöhe nicht festgestellt werden können, kann der prüfende Träger der Rentenversicherung den Beitrag in der Kranken-, Pflege- und der Rentenversicherung sowie zur Arbeitsförderung von der Summe der vom Arbeitgeber gezahlten Arbeitsentgelte geltend machen, es sei denn, ohne unverhältnismäßig großen Verwaltungsaufwand kann festgestellt werden, dass Beiträge nicht zu zahlen waren oder Arbeitsentgelte bestimmten Beschäftigten zuzuordnen sind ([§ 28f Abs. 2 Satz 1, 2 SGB IV](#)). Soweit der prüfende Träger der Rentenversicherung die Höhe der Arbeitsentgelte nicht oder nicht ohne unverhältnismäßig großen Verwaltungsaufwand ermitteln kann, hat er diese zu schätzen ([§ 28f Abs. 2 Satz 2 und 3 SGB IV](#)).

bb)

Die Ag. ist zu Recht davon ausgegangen, dass der Ast. mit den gemeldeten Beschäftigten und den angegebenen Einkommen den Arbeitsanfall seiner (festen und fahrbaren) Stände nicht vollständig hätte abdecken können. Sie hat hieraus zutreffend abgeleitet, dass entweder die offiziell gemeldeten Arbeitnehmer zusätzliche Einnahmen für zusätzliche Arbeitsstunden erhalten haben oder aber Arbeitnehmer beschäftigt gewesen sein müssen, die der zuständigen Einzugsstelle nicht gemeldet wurden. Insoweit ist zu berücksichtigen, dass der Ast. zunächst erklärt hat, dass die in den Kassenberichten dokumentierten "Privatentnahmen" zur Abdeckung von "Schwarzlohnzahlungen" erfolgt seien, aber eine personelle Zuordnung nicht mehr möglich sei. Tatsächlich ergeben sich anhand der aktenkundigen Kassenabrechnungen für die festen Stände "Privatentnahmen" (1998: 24.000,- DM; 1999: 20.000,- DM; 2000: 26.500,- DM; 2001: 22.500,- DM; 2002: 13.000,- EUR; 2003: 12.350,- EUR) in Höhe von insgesamt: ca. 72.000,- EUR. Außerdem war - wie der Ast. selbst auch heute noch einräumt - K T als Aushilfe unstreitig mehrere Monate (nach Aussage Ts gegenüber den Ermittlern des Arbeitsamts allerdings mehrere Jahre und entgegen der Aussage des Steuerberaters des Ast. auch noch im Juli 2003) beschäftigt, ohne dass dieser bei der Einzugsstelle angemeldet worden war oder sonst Lohnunterlagen geführt worden sind. Vor dem Hintergrund dieser Aussage des Ast. hat die Ag. auch zunächst nur für die "Privatentnahmen" Gesamtsozialversicherungsbeiträge nachberechnet. Zwar hat der Ast. später durch seinen Steuerberater vortragen lassen, dass sich die Aussage zu den Schwarzlöhnen nur auf die Aushilfskraft T bezogen habe. Dies überzeugt den Senat jedoch nicht. Zum einen ist die Aussage von den beiden Ermittlern der Ag. anders verstanden worden. Zum anderen soll Herr T nach Angaben des Steuerberaters des Ast nur wenige Monate in den Jahren 2002/2003 als Aushilfe gearbeitet haben. Diese Behauptung kann aber nicht die in den streitbefangenen Jahren annähernd gleich bleibende Höhe der Privatentnahmen vor und nach der angeblich nur wenige Monate andauernden Beschäftigung des Herrn T und schon gar nicht die Gesamthöhe von ca. 72.000,- EUR erklären. Der Senat ist deshalb davon überzeugt, dass der Ast. tatsächlich zugegeben hat, "Privatentnahmen" für die Zahlung von Löhnen an nicht gemeldete Arbeitnehmer verwendet zu haben. Der Senat geht auch davon aus, dass es sich tatsächlich so verhalten hat. Der Senat geht nicht davon aus, dass die nicht abgedeckten Stunden durch den Ast. oder unentgeltlich durch seine Ehefrau oder sonstige Familienangehörige geleistet worden sind.

Er hat in diesem Zusammenhang auch die Einlassungen des Steuerberaters des Ast. gewürdigt. Während dieser zunächst nur für das Jahr 2002 (das Jahr, für welches den Ermittlern des Arbeitsamts ohnehin aufgefallen war, dass die festen Stände nicht mit den gemeldeten Arbeitnehmern hätte betrieben werden können) Fehlstunden einräumt hatte und zwar in Höhe von 1.967 Stunden (Aktenvermerk vom

17.06.2004; Schreiben vom 28.06.2004), waren es später bereits 2.186 (vgl. Schreiben vom 20.07.2005, wobei die inzwischen festgestellten und dem Steuerberater bekannten Arbeitsstunden für die fahrbaren Stände unberücksichtigt geblieben sind). Nachdem die Stände des Ast. - aufgrund der Ermittlungen der Steuerfahndung - "entdeckt" und von der Ag. ausgewertet worden waren, hatte der Steuerberater selbst Fehlstunden für alle streiterheblichen Jahre - mit Ausnahme des Jahres 1999 - in einem Umfang von 10.183 eingeräumt. Hierbei fällt auf, dass selbst, wenn man die mobilen Stände unberücksichtigt lässt, für die Jahre 2001, 2003 und 2004 nunmehr Fehlstunden angegeben werden, die zuvor nicht eingeräumt wurden - für das Jahr 2003 allein 1520. Die allgemeine, nicht näher belegte Behauptung, der Ast. selbst und Familienangehörige hätten die nicht durch gemeldete Arbeitnehmer abgedeckten Stunden erbracht, kann schon deshalb zu keiner anderen Beurteilung führen, weil selbst dann, wenn man den Umfang der Fehlstunden zugrunde legt, die der Ast. vortragen lässt, eine regelmäßige entgeltfreie Mitarbeit von Familienangehörigen eher unwahrscheinlich ist. Dies gilt insbesondere, wenn man berücksichtigt, dass die Ehefrau des Ast. - nach ihrer Zeugenaussage vor der Staatsanwaltschaft Bonn - überwiegend mit Büroarbeiten beschäftigt war und der Ast. selbst regelmäßig die fahrbaren und festen Stände überwachte und z.T. auch die Anlieferungen vornahm, so dass er kaum Zeit zur regelmäßigen Mitarbeit gehabt haben dürfte. Legt man indes die Höhe der Fehlstunden zugrunde, die sich aus den Feststellungen der Ag. ergeben (ca. 92.200 Stunden), so erscheint es praktisch ausgeschlossen, dass die Fehlstunden allein durch eine unentgeltliche Mitarbeit von Familienangehörigen abgedeckt wurden. Die Ehefrau des Ast. hat zudem in ihrer Vernehmung auf die Frage: "Welche nahen Angehörigen sind noch in ihrem Unternehmen unentgeltlich beschäftigt?" angegeben, dass - neben ihrer Schwester L1 I, die angemeldet gewesen sei, "hin und wieder meine Geschwister unentgeltlich in unserem Unternehmen geholfen haben." Die Zeugin hat weder den Vater des Ast., noch ihre eigenen Eltern erwähnt, die aber vom Steuerberater des Ast. (Schreiben vom 28.06.2004) in erster Linie als mithelfende Familienangehörige angegeben worden sind. Vor diesem Hintergrund fällt auf, dass der anwaltlich vertretende Ast., der ansonsten jede Detailfeststellung der Ag. durch seinen Steuerberater zu widerlegen versucht, sich stets nur auf die allgemeine Behauptung beschränkt, Angehörige hätten Fehlstunden unentgeltlich geleistet. Dieses wertet der Senat als weiteren Beleg dafür, dass es sich bei dem Verweis auf "mithelfende Familienangehörige" eher um eine bloße Schutzbehauptung handelt. Der Ast. kann auch nicht mit dem Hinweis durchdringen, dass allein die "Privatentnahmen" nicht ausgereicht hätten, alle Fehlstunden - auf der Basis der von der Ag. selbst angenommenen 5 EUR/Stunde - zu finanzieren.

Die Ag. hat in diesem Zusammenhang auf die handschriftlichen Aufzeichnungen der früheren Mitarbeiterin des Ast. und Zeugin I1 verwiesen, die eine Verkürzung der Einnahmen des Betriebes des Ast. zeigen. Zwar hat sich der Ast. von der Zeugin I1 später distanziert und einerseits eine vorweggenommene Lohnzahlung, andererseits ein mögliches strafbares Verhalten in den Raum gestellt. Aber bei den in Rede stehenden handschriftlichen Aufzeichnungen handelt es sich um ein von der Zeugin I1 ausgefülltes "Formblatt" des Ast. Auf diesem Formblatt wurden u.a. Tageseinnahmen und -ausgaben sowie Lohnzahlungen an Arbeitnehmer erfasst. Diese Aufzeichnungen wurden täglich angefertigt und dem Arbeitgeber übergeben. Der Ast. hätte die ausgewiesenen Einnahmen in seinen Kassenbericht übernehmen müssen. Der Senat ist ferner davon überzeugt, dass die Höhe der von der Ag. angenommenen Fehlstunden zutreffend ist, wobei er hierbei berücksichtigt, dass der Ast. seine Aufzeichnungspflicht verletzt hat, indem er - wie es sich hinreichend aus staatsanwaltschaftlichen Vernehmungen ehemaliger Arbeitnehmer des Ast. ergibt - zum einen für Arbeitnehmer zu geringe Entgelte meldete und zum anderen - neben K T - Arbeitnehmer beschäftigte, ohne diese angemeldet zu haben. Damit war die Ag. nach [§ 28f Abs. 2 SGB IV](#) zu einer vereinfachten Beitragsfestsetzung insoweit berechtigt, als sie - unabhängig von der jeweiligen Situation des einzelnen Beschäftigten - die Beiträge anhand der Summe der gezahlten Arbeitsentgelte berechnen und zudem die Höhe der Arbeitsentgelte schätzen durfte. Denn nach den getroffenen Feststellungen konnten für die namentlich nicht bekannten Beschäftigten ohne unverhältnismäßig großen Verwaltungsaufwand weder Beitragsfreiheit festgestellt noch eine Zuordnung der Arbeitsentgelte zu einzelnen Beschäftigten vorgenommen werden; insoweit war auch eine genaue Feststellung der Arbeitsentgelte nicht möglich. Die Ag. hat zunächst anhand der Zeugenaussagen zu Recht einen Stundenlohn in Höhe von 5 EUR angenommen. Die Einwände des Ast. gegen die im Einzelnen durch die von der Ag. angenommenen Betriebszeiten der festen Stände sowie die festgestellten Betriebszeiten der fahrbaren Stände sind nicht begründet. Der vom Ast. erhobene Vorwurf, die Ag. habe den Sachverhalt insgesamt fehlerhaft festgestellt, kann der Senat nicht nachvollziehen. Die Ag. hat sich mit jedem einzelnen Einwand des Ast. konkret und mit zumindest vertretbarem Ergebnis auseinandergesetzt. Soweit es z.B. die Einwände bezüglich der fahrbaren Stände und der besuchten Veranstaltungen betrifft, hat die Ag. - auf den Hinweis des Ast. hin - beispielhaft für die Veranstaltung im Rheinstadion im Jahr 1998 festgestellt, dass diese tatsächlich doppelt erfasst wurden und deshalb den 03.05.1998 unberücksichtigt gelassen. Für die - nach Angaben des Ast. - gar nicht besuchte Veranstaltung: "Stadtfest T1 am 06. und 07.06.1998" hat die Ag. allerdings festgestellt, dass zwei Stände angemietet (Standmiete 2.030,- DM), aber nur die Standfläche für einen Grill weitervermietet wurde (Einnahme: 1.102,- DM).

Der Senat hält es mit der Ag. für sehr wahrscheinlich, dass ein Grillstand, für den es keine "Weitergabe-Einnahme" gibt, vom Ast. auch beschickt wurde. Die Ausführungen in der Beschwerdebegründung, es könne mehrere vernünftige Gründe geben, einen angemieteten und bezahlten Stand nicht zu beschicken, z.B. um die Konkurrenz gering zu halten oder zusätzliche Kosten zu vermeiden, wenn die Veranstaltung insgesamt schlecht besucht ist, hält der Senat nicht für überzeugend. Zunächst erscheint es als unwahrscheinlich, dass es sich der Ast., der nach eigenem Vorbringen wirtschaftliche Probleme hat, erlaubt, Standmieten zu zahlen, ohne die damit einhergehende "wirtschaftliche Chance", durch Verkauf einen Gewinn zu erwirtschaften, wahrzunehmen. Überdies dürften die Veranstalter eine solche Geschäftspolitik der künstlichen Angebotsreduzierung regelmäßig nicht gut heißen. Da es sich bei den besuchten Veranstaltungen oft um (z.B. jährlich) wiederkehrende Veranstaltungen handelt, ist anzunehmen, dass der Ast. nicht erneut berücksichtigt worden wäre. Dass schlecht besuchte Veranstaltungen, für die Standmieten - oft vor Ort -gezahlt wurden, gar nicht angefahren werden, kann sich der Senat ebenfalls nicht vorstellen. Zum einen dürfte für jeden Stand eine Vorbereitung (Wareneinkauf, Stand Vorort aufbauen etc.) erforderlich sein, die dann hinfällig würde. Zum anderen ist zu dem Zeitpunkt, zu dem die Stände aufgebaut werden, mit wenigen Ausnahmen (z.B. Unwetter) kaum verlässlich zu beurteilen, ob die Veranstaltung im Verlaufe des Tages schlecht besucht werden wird. Ähnlich ist auch der Vortrag des Ast. in seiner Beschwerdebegründung zu bewerten, das SG Köln habe die Veranstaltung in Bad C1 am 22. und 23.05.2004 fehlerhaft beurteilt, indem es davon ausgegangen sei, der Ast. habe dort Waren angeboten. Das SG Köln hat hierzu in seinem Nichtabhilfebeschluss zutreffend ausgeführt, dass das Standgeld nach der aktenkundigen Quittung vor Ort gezahlt wurde, mithin davon ausgegangen werden müsse, dass der Ast. am Tag der Veranstaltung in Bad C1 war. Vor diesem Hintergrund ist es naheliegend anzunehmen, dass der Ast. auch einen Stand betrieben hat. Die Ag. durfte auch für die Jahre 1998 und 1999 eine tägliche Öffnungszeit von 9 Stunden und in den Jahren ab 2000 von 10 Stunden annehmen. Soweit der Ast. mit der Beschwerde vorträgt, keiner der Zeugen habe eine längere Öffnungszeit als 10 Stunden behauptet, kann das dahinstehen, da die Ag. nur von 10 Stunden ausgegangen ist. Hierbei ist es auch nicht zu beanstanden, dass die Ag. insbesondere auf die zwischen den Betreibern der Kauf- und Warenhäuser oder Baumärkte als Vermieter/Verpächter und dem Ast. als Mieter/Pächter geschlossenen Verträge zurückgegriffen hat. Nach den geschlossenen Verträgen war der Ast. ohne Ausnahme verpflichtet, die Öffnungszeiten der Stände an den Ladenöffnungszeiten der Vermieter/Verpächter auszurichten. Mit dem SG Köln geht auch der erkennende Senat davon aus, dass die Annahmen der Ag. außerdem durch die vorliegenden Zeugenaussagen hinreichend gestützt

werden. Soweit der Ast. in seiner Beschwerdebegründung die Aussage der Zeugin I2 angreift und sich dafür auf die Einwendungen des Steuerberaters bezieht, vermag der Senat dem nicht zu folgen. Es ist nicht erkennbar, welches Interesse die Zeugin haben sollte, mit ihrer zweiten Aussage den Ast. zu Unrecht zu belasten. Dass die Zeugin in ihrer ersten Aussage tatsächlich von Frau I1 beeinflusst worden sein könnte, wird durch Aussagen anderer Zeugen bestätigt, die ebenfalls eine Einflussnahme durch Frau I1 angegeben hatten. Dass die Zeugin von der Behauptung eines höheren tatsächlichen Einkommens profitiert, kann schon wegen der vergleichsweise geringen sozialversicherungsrechtlichen Auswirkungen nicht gegen deren Glaubwürdigkeit sprechen, wobei hierbei schon unterstellt wird, dass der Zeugin dieser Zusammenhang überhaupt bewusst ist.

Der Senat hat deshalb keinen Anlass, an der Glaubwürdigkeit der Zeugin zu zweifeln. Soweit mit der Beschwerde darauf hingewiesen wird, dass Einzelheiten der Aussage falsch sind (z.B.: Beschäftigungsende zum Oktober statt August 2003; Arbeit bei den "S-Spielen" in der M-Arena war im Jahr 2003 nicht möglich, da diese erst 2005 errichtet wurde; bis Mitte 2002 war es das "S1 E"), spricht das nicht gegen die Glaubhaftigkeit der Zeugin für die vom SG getroffene Feststellung, dass die gemeldeten Entgelte nicht mit den tatsächlich gezahlten Entgelten übereinstimmen, trotz gemeldeter geringfügiger Beschäftigungen höhere Arbeitsentgelte gewährt wurden bzw. tatsächlich ausgeübte Beschäftigungen über einen längeren als den gemeldeten Zeitraum hinaus erfolgten. Auch wenn das Erinnerungsvermögen, das über mehr als zwei Jahre zurückliegende konkrete Veranstaltungen und Begebenheiten betrifft, ungenau ist, dürfte das für die "Grundsätze des Beschäftigungsverhältnisses", um die es vorliegend geht, zumal dann, wenn die Zeugin auch betroffen war, nicht in gleichem Maße gelten. Entsprechendes gilt für die Einwände gegenüber der Aussage der Zeugin I3. Soweit der Ast. mit der Beschwerdebegründung weiterhin einwendet, dass der Zeuge Q T2 seine Aussage vom 21.09.2005 mit Schreiben vom 17.10.2005 widerrufen hat, weil er sich durch die Anwesenden unter Druck gesetzt gefühlt habe und seine Konzentrationsfähigkeit aufgrund eines 24stündigen Wachdienstes bei der Bundeswehr nicht mehr gegeben war, hält der Senat das für eine bloße Schutzbehauptung. Entgegen der Andeutungen des Ast. kann der Senat an der Vorgehensweise der Staatsanwältin Drosse nichts "Merkwürdiges" erkennen. Im übrigen ist die Annahme fernliegend, dass der Zeuge im Rahmen seiner Vernehmung am 21.09.2005 - nur, weil er sich angeblich "unter Druck gesetzt" gefühlt habe und aus einem 24stündigen Wachdienstes gekommen ist - den Ast. zu Unrecht beschuldigt, ihn zu einer falschen Aussage verleitet zu haben. Außerdem konnte der Zeuge noch konkrete Angaben zu Zeit und Ort machen, da es der Geburtstag seines Bruders war. Der Senat geht also davon aus, dass die erste Aussage des Zeugen T2 der Wahrheit entspricht. Der Ast. führt aus, die Zeugin C2 hätte eine Öffnungszeit von 9 Stunden, nicht aber von 10 Stunden und mehr angegeben. Sofern die Zeugin aussage, dass sie wegen der Vorarbeiten den Stand früher aufgesucht habe, so habe sie dafür keinen Lohn erhalten. Tatsächlich ist eine Arbeitszeit von 09.00 Uhr bis 19.00 Uhr angegeben worden, wobei der eigentliche Verkauf um 10.00 Uhr begonnen hatte. Der Senat ist der Ansicht, dass auch die Vorbereitungszeit, insbesondere, soweit sie das Reinigen des Standes und damit auch die Hygiene betrifft, zur Arbeitszeit hinzugerechnet werden muss. Soweit eingewendet wird, dass dafür tatsächlich und grundsätzlich kein Lohn gezahlt worden sei, hält der Senat das nicht für relevant. Denn selbst für den Fall, dass kein Lohn gezahlt wurde, hätte der Arbeitnehmer einen Anspruch auf Lohn auch für diese Zeiten gehabt und nur darauf kommt es an ("Entstehungsprinzip", dazu: BSG [SozR 4-2400 § 22 Nr. 1](#)). Entsprechendes gilt für die vom Ast. angegriffene Aussage der Zeugin I4 C3. Die Beschwerde wendet sich auch gegen die Aussage der Zeugin C4. Die Zeugin C4 habe zwar ausgesagt, die erste Schicht habe von 10:00 Uhr bis 15:00 Uhr und die zweite von 15:00 Uhr bis ca. 20:00 Uhr gedauert; der Filialleiter der dortigen Filiale des L2-Konzerns habe jedoch bestätigt, dass die Öffnungszeiten des Standes kürzer gewesen seien. Zwar ist die Aussage des Filialleiters durch Ermittlungen des Hauptzollamtes L überprüft und bestätigt worden, für andere feste Stände hingegen hat sich nach den Ermittlungen des Hauptzollamtes allerdings ergeben, dass die schriftlichen Bestätigungen nicht richtig waren (z.B. Aussage des Filialleiters L3, L2 in H1; Aussage des Filialleiters T3, L2 in Q1). Jedoch ist es rechtlich nicht zu beanstanden, wenn sich die Ag. dennoch auf die Aussage der Zeugin stützt.

Der Ast. hält die Aussage der Zeugin L4 insgesamt für unbrauchbar, da diese im Rahmen ihrer Aussage vor der Staatsanwaltschaft Bonn das Wort: "instruieren" nicht verstanden haben soll. Unabhängig davon, ob und wie die Zeugin das Wort: "instruieren" verstanden hat, geht aus der Aussage im Übrigen deutlich hervor, dass der Ast. versucht haben soll, eine andere Mitarbeiterin zu veranlassen auszusagen, dass die Stände immer erst gegen 12.00 Uhr geöffnet worden seien. Bei der Zeugin T4 sind zu Recht höhere Entgelte als die von ihr selbst angegebenen 250,- EUR im Monat berücksichtigt worden, da sie nach eigenen Angaben deutlich mehr Arbeitsstunden geleistet hat, als es den 250,- EUR entsprochen hätte. Soweit der Ast. schließlich einwendet, für die Arbeitnehmerin I4 seien zu Unrecht nur 169 anstatt 173 Monatsstunden berücksichtigt worden, so hat sich die Ag. hierfür zu Recht auf die einschlägigen tarifvertraglichen Regelungen gestützt, die, da der Tarifvertrag für allgemeinverbindlich erklärt wurde, auch für den Betrieb des Ast. gelten. Die Voraussetzungen für die Säumniszuschläge sind ebenfalls erfüllt, Nach alledem ist die Rechtmäßigkeit des angegriffenen Bescheids der Ag. nicht ernstlich zweifelhaft.

b)

Nach Auffassung des Senats besteht keine unbillige, nicht durch überwiegende öffentliche Interessen gebotene Härte, die hier zu einer anderen Entscheidung führen müsste. Das ergibt sich bereits daraus, dass der Senat den Bescheid als rechtmäßig ansieht und die Folgen eines rechtmäßigen Bescheids nie eine unbillige Härte begründen können ([BSGE 4, 151](#), 155; LSG Bad.-Württ. Beschluss vom 09.01.2003, L 13 AL 4269/02 ER-B, juris; dass., Beschluss vom 12.04.2006, [L 7 AS 1196/06 ER-B](#), juris; LSG Nieder.-Bremen, Beschluss vom 01.02.2006, [L 9 U 395/05 ER](#), juris; Keller a.a.O.; vgl. auch: Krodell Das sozialgerichtliche Eilverfahren, 1. Aufl. 2004 Rn. 208 ff; ders., NZS 2001, 449 [454]). In diesen Fällen kommt es auch nicht auf die vom Bundesverfassungsgericht (BVerfG) zur einstweiligen Anordnung entwickelten Grundsätze (BVerfG [NJW 1997, 479](#) [480 f.]; dass., [NJW 2003, 1236](#) f.; dass., [NJW 2005, 927](#) ff.) an.

2.

Die Kostenentscheidung beruht auf einer analogen Anwendung des [§ 197a SGG](#) i.V.m. [§ 154 Abs. 1](#) Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO). Dem Ast. sind die Kosten des Beschwerdeverfahrens ([§ 162 Abs. 1 VwGO](#)) aufzuerlegen, da seine Beschwerde in der Sache ohne Erfolg geblieben ist. Die außergerichtlichen Kosten der Beigeladenen sind dagegen nicht dem Ast. aufzuerlegen. Dies entspricht nicht gemäß [§ 162 Abs. 3 VwGO](#) der Billigkeit, da die Beigeladenen keine eigenen Anträge gestellt oder sonst das Verfahren wesentlich gefördert haben. 3. Die Streitwertfestsetzung beruht auf einer analogen Anwendung des [§ 197a Abs. 1 Satz 1 SGG](#) i.V.m. [§§ 63 Abs. 2 Satz 1, 53 Abs. 3 Nr. 4, 52 Abs. 3](#) des Gerichtskostengesetzes (GKG) in der ab dem 01.07.2004 geltenden Fassung (vgl. [§ 72 Nr. 1 Hs. 2 GKG](#)). Danach war der Streitwert nach der Höhe des Betrages der nachgeforderten Gesamtsozialversicherungsbeiträge in Höhe von 324.200,77 EUR, abzüglich 50.000,- EUR (= 274.200,- EUR), da der Ag. in diesem Umfang die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs angeordnet hatte, zu bemessen. Nachdem keine Anhaltspunkte dafür bestehen, dass mit dem vorliegenden Antrag auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung die Hauptsache ganz oder teilweise vorweggenommen werden könnte, war dieser Betrag unter Berücksichtigung des vorläufigen Charakters

des einstweiligen Rechtsschutzbegehrens auf 1/2 des Nachforderungsbetrages (so bereits der erkennende Senat, Beschluss vom 25.3.2002, L [5 B 53/01](#) KR; dem folgend der 16. Senat: Beschluss vom 11.04.2002, [L 16 B 54/01 KR](#)) und damit auf einen Betrag von 137.100,- EUR festzusetzen. Die Säumniszuschläge waren hierbei gemäß [§ 43 Abs. 1 GKG](#) außer Betracht zu lassen. Der Beschluss ist unanfechtbar ([§ 177 SGG](#)).

Rechtskraft

Aus

Login

NRW

Saved

2006-10-20