

L 8 R 287/11 B ER

Land
Nordrhein-Westfalen
Sozialgericht
LSG Nordrhein-Westfalen
Sachgebiet
Rentenversicherung
Abteilung
8
1. Instanz
SG Münster (NRW)
Aktenzeichen
S 17 R 37/11 ER
Datum
22.02.2011
2. Instanz
LSG Nordrhein-Westfalen
Aktenzeichen
L 8 R 287/11 B ER
Datum
13.07.2011
3. Instanz
Bundessozialgericht
Aktenzeichen

-
Datum

-
Kategorie
Beschluss

Auf die Beschwerde des Antragstellers wird der Beschluss des Sozialgerichts Münster vom 22.2.2011 geändert. Die aufschiebende Wirkung der Klage gegen den Bescheid vom 12.8.2009 in Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 17.11.2009 wird angeordnet, soweit dieser Bescheid eine Gesamtforderung von 19.000 Euro einschließlich Säumniszuschlägen übersteigt. Im Übrigen wird die Beschwerde zurückgewiesen. Von den Kosten des Verfahrens in beiden Instanzen trägt der Antragsteller drei Viertel, die Antragsgegnerin ein Viertel. Der Streitwert wird für das gesamte Verfahren auf 6.307,55 EUR festgesetzt.

Gründe:

I.

Der Antragsteller begehrt die Anordnung der aufschiebenden Wirkung seiner Klage vom 16.12.2009 gegen den Bescheid der Antragsgegnerin vom 12.8.2009 in Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 17.11.2009, mit dem diese ihn auf Zahlung von Gesamtsozialversicherungsbeiträgen für die Zeit vom 1.12.2004 bis zum 28.2.2007 i.H.v. 25.230,18 EUR in Anspruch nimmt. In dem Betrag sind Säumniszuschläge i.H.v. 5.114,00 EUR enthalten.

Der Antragsteller betrieb im Streitzeitraum das Schnellrestaurant "N" in N. Er beschäftigte hierbei eine Anzahl von Arbeitnehmern, die ihrem Namen und ihrer Anschrift nach nicht ermittelt werden konnten, da der Antragsteller keine aussagekräftigen Lohnunterlagen führte. Das Hauptzollamt (HZA) vernahm die Zeugin X, die angab, sie habe im Jahr 2005 vier Monate lang an jeweils zwei bis drei Tagen in der Woche von 17.00 Uhr bis 22.30 Uhr im Service gearbeitet. Außer ihr seien zwei weitere Kräfte in der Küche tätig gewesen, unter ihnen regelmäßig der Antragsteller. Sie habe die ersten zwei Wochen 3,50 Euro, danach 4,00 Euro bar pro Stunde bekommen. Sie vermute, dass den Köchen mehr gezahlt worden sei. Auf der Grundlage dieser Aussage nahm das HZA an, dass jeweils drei Arbeitskräfte im Restaurant tätig gewesen seien. Ausgehend von den Öffnungszeiten des Restaurants, den vom Antragsteller erstatteten Meldungen zur Sozialversicherung und einem angenommenen eigenen Arbeitsanteil von 3.370 Arbeitsstunden im Jahr (337 Tage à 10 Stunden) schätzte das HZA für den Streitzeitraum nicht zur Sozialversicherung gemeldete 12.204 sog. "Fehlstunden". Da der Antragsteller gegenüber der Berufsgenossenschaft Nahrungsmittel und Gaststätten (BGN) für das Jahr 2006 ein nachweispflichtiges Arbeitsentgelt von 10.464,00 Euro für 1.308 geleistete Gesamtarbeitsstunden angegeben hatte, ging das HZA von einem Stundenlohn von 8,00 Euro für die Jahre 2006 und 2007 sowie von 7,50 Euro für die Jahre 2004 und 2005 aus. Das Amtsgericht (AG) Münster verurteilte den Antragsteller wegen des Vorenthaltens von Arbeitsentgelt in 27 Fällen zu einer Gesamtgeldstrafe von 120 Tagessätzen (Urteil v. 18.2.2009, 20 Cs-45 Js 333/08-312/08). Unter Zugrundelegung der täglichen Öffnungszeiten, der Angaben des Antragstellers, seiner eigenen ständigen Arbeitsleistung und der Arbeitsleistung der gemeldeten Arbeitnehmer nahm es eine von ihm so bezeichnete "reine Schätzung" von 6.102 "Fehlstunden" vor.

Auf dieser Schätzung beruht auch der angefochtene Bescheid vom 12.8.2009 in Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 17.11.2009, gegen den der Antragsteller am 17.12.2009 Klage erhob (Az.: S 17 R 184/09 SG Münster) und mit Antrag vom 21.1.2011 einstweiligen Rechtsschutz beantragt hat. Er trägt unter Vorlage einer entsprechenden eidesstattlichen Versicherung vor: Er habe in seinem Schnellrestaurant Arbeitnehmer weder in dem angenommenen Umfang noch zu dem angenommenen Stundenlohn von 7,50 Euro bzw. 8,00 Euro beschäftigt. Vielmehr habe er in der Zeit vom 1.12.2004 bis zum 31.7.2005 Aushilfen lediglich in folgendem Umfang eingesetzt: werktags jeweils eine Arbeitskraft in der Zeit vom 12.30 Uhr bis 14.00 Uhr und 17.00 Uhr bis 20.30 Uhr, sonn- und feiertags eine Aushilfe von 12.30 Uhr bis 15.00 Uhr und zwei Aushilfen in der Zeit von 18.30 Uhr bis 20.30 Uhr. Zudem habe er den Aushilfen bis Juli 2005 in den ersten Wochen einen Stundenlohn von 3,50 Euro, danach von 4,00 Euro gezahlt. Die strafrechtliche Verurteilung, die nicht auf tatsächlichen Feststellungen beruhe, habe er nur "hingegenommen", um sich ein langwieriges Verfahren mit einem erheblichen Kostenrisiko zu ersparen. Insbesondere nach der Prüfung durch das HZA am 31.7.2005 habe er seine Belegschaft erheblich reduziert. Arbeitnehmer hätten ab diesem

Zeitpunkt nur noch in dem von ihm ordnungsgemäß angegebenen Umfang gearbeitet.

Das SG hat den Antrag auf einstweiligen Rechtsschutz abgelehnt (Beschluss v. 22.2.2011, auf dessen Gründe Bezug genommen wird). Hiergegen richtet sich die Beschwerde, mit der der Antragsteller sein Begehren weiterverfolgt.

II.

Die zulässige Beschwerde ist teilweise begründet.

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. Die aufschiebende Wirkung entfällt gemäß [§ 86a Abs. 2 Nr. 1 SGG](#) bei Entscheidungen über Beitragspflichten und die Anforderung von Beiträgen sowie der darauf entfallenden Nebenkosten einschließlich der Säumniszuschläge (vgl. zu Letzteren Senat, Beschluss v. 7.1.2011, [L 8 R 864/10 B ER](#), juris, m.w.N.). 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 (vgl. Senat, Beschlüsse v. 24.6.2009, [L 8 B 4/09 R ER](#); v. 27.7.2009, [L 8 B 5/09 R ER](#); v. 18.2.2010, [L 8 B 13/09 R ER](#); v. 8.10.2010, [L 8 R 368/10 B ER](#); jeweils juris und sozialgerichtsbarkeit.de).

Nach der im Verfahren auf einstweiligen Rechtsschutz gebotenen summarischen Prüfung ist gegenwärtig mit überwiegender Wahrscheinlichkeit davon auszugehen, dass sich der angefochtene Bescheid im Hauptsacheverfahren als teilweise rechtswidrig erweisen wird.

Ermächtigungsgrundlage für den Erlass des Prüfbescheides durch die Antragsgegnerin ist [§ 28p Abs. 1 Satz 5](#) Viertes Buch Sozialgesetzbuch (SGB IV). Danach erlassen die Träger der Rentenversicherung im Rahmen der Prüfung Verwaltungsakte zur Versicherungspflicht und Beitragshöhe der Arbeitnehmer in der Sozialversicherung gegenüber den Arbeitgebern. 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 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 kann, hat er diese zu schätzen. Dabei ist für das monatliche Arbeitsentgelt eines Beschäftigten das am Beschäftigungsort ortsübliche Arbeitsentgelt mit zu berücksichtigen ([§ 28f Abs. 2](#) Sätze 1, 3 und [4 SGB IV](#)).

Ob der prüfende Rentenversicherungsträger einen Summenbescheid erlassen darf, beurteilt sich nach den Verhältnissen bei Bekanntgabe des Widerspruchsbescheides. Entscheidend ist, ob aufgrund einer Gesamtwürdigung der Erlass eines Summenbescheides verhältnismäßig ist. Dies kann im gerichtlichen Verfahren voll überprüft werden (BSG, Urteil v. 7.2.2002, [B 12 KR 12/01 R](#), [SozR 3-2400 § 28f Nr. 3](#); Senat, Urteil v. 28.4.2010, [L 8 R 30/09](#), juris; jeweils m.w.N.). Ist im Einzelfall eine Schätzung zulässig, so ist auch diese gerichtlich voll überprüfbar, ohne dass dem prüfenden Rentenversicherungsträger ein Ermessen eingeräumt wäre. Seine Schätzung soll der Wirklichkeit möglichst nahe kommen. Auch wenn er bei der Wahl der Schätzmethoden frei ist, muss er von sachlichen und nachvollziehbaren Erwägungen ausgehen und eigene, sozialversicherungsrechtliche Maßstäbe anlegen (vgl. Werner in jurisPK-SGB IV, 2. Aufl. 2011, § 28f Rdnr. 64 ff.).

Den sich hieraus ergebenden Anforderungen an einen Lohnsummenbescheid entspricht der angefochtene Bescheid voraussichtlich nicht in allen Punkten.

Zwar bestehen keine überwiegenden Zweifel, dass die Voraussetzungen zum Erlass eines Summenbescheides im Streitzeitraum zumindest teilweise insoweit vorgelegen haben, als der Antragsteller seine Aufzeichnungspflicht nach [§ 28f Abs. 1 SGB IV](#) nicht ordnungsgemäß erfüllt hat. Für die Zeit bis zum 31.7.2005 ist dies unstrittig. Aber auch für den Zeitraum danach bestehen zumindest erhebliche Bedenken, dass für jeden im Schnellrestaurant des Antragstellers beschäftigten Arbeitnehmer die Lohnunterlagen vollständig und ordnungsgemäß geführt worden sind. Der Antragsteller hat selbst vorgetragen, er habe in der Zeit vom 1.12.2004 bis zum 31.7.2005 an Werktagen regelmäßig 5 Stunden und an Sonn- und Feiertagen im Umfang von regelmäßig 6,5 Stunden auf Aushilfen zurückgegriffen. Daraus ergibt sich - ohne Berücksichtigung von Feiertagen - ein Bedarf von 36,5 Stunden wöchentlich bzw. 1.898 Stunden jährlich. Dies gilt grundsätzlich auch für die ab dem 1.8.2005 reduzierten Öffnungszeiten, da das Restaurant des Antragstellers weiterhin zu den Zeiten geöffnet hatte, zu denen seinem Vortrag nach bis zum 31.7.2005 Aushilfszeiten angefallen waren. Für das Jahr 2006 lassen sich den Aufstellungen der Antragsgegnerin beispielsweise jedoch nur 1.081,88 "gemeldete" Arbeitsstunden entnehmen. Zwar behauptet der Antragsteller, er habe seine Belegschaft im Anschluss an die Prüfung durch das HZA erheblich reduziert. Wie er indessen im Zeitraum ab dem 1.8.2005 den Betrieb seines Restaurants aufrecht erhalten hat, insbesondere zu welchen Zeiten Aushilfskräfte dort tätig waren, hat er bislang nicht dargelegt geschweige denn glaubhaft gemacht. Entsprechende Feststellungen müssen dem Hauptsacheverfahren vorbehalten bleiben. Im Rahmen der im Verfahren auf einstweiligen Rechtsschutz gebotenen summarischen Prüfung bestehen jedenfalls gravierende Anhaltspunkte dafür, dass die vom Antragsteller geführten Lohnunterlagen unvollständig sind und die Antragsgegnerin dementsprechend eine Schätzung nach [§ 28f Abs. 2 SGB IV](#) vornehmen durfte.

Diese Schätzung weist jedoch Mängel auf.

Die Schätzung der 6.102 "fehlenden" Arbeitsstunden geht nicht von nachvollziehbaren Erwägungen aus und legt vor allem keine eigenen,

sozialversicherungsrechtlichen Maßstäbe an. Die Antragsgegnerin hat vielmehr ohne weitere Prüfung die selbst so bezeichnete "reine Schätzung" des AG übernommen, die ihrerseits auf einer Halbierung der ursprünglich vom HZA angenommenen 12.204 "Fehlstunden" beruht. Die Grundlage dieser Schätzung hat das AG indessen nicht mitgeteilt (vgl. zu den Anforderungen an eine Schätzung des Beitragschadens durch die Strafgerichte BGH, Beschluss v. 10.11.2009, [1 StR 283/09](#), [wistra 2010, 148](#); BGH, Urteil v. 11.8.2010, [1 StR 199/10](#), [NSTZ-RR 2010, 376](#)). Immerhin hat das AG aber offenbar den Standpunkt vertreten, dass die ursprüngliche, allein auf die Aussage der Zeugin X gestützte Schätzung des HZA - zumindest auch im Hinblick auf die Einlassung des Antragstellers in der Hauptverhandlung und deren Vorfeld - deutlich überhöht sei. Wenn sich die Antragsgegnerin dieser Beurteilung nunmehr offenbar angeschlossen und sie daher eine Reduzierung der Zahl der "Fehlstunden" selbst für geboten gehalten hat, so hätte sie im Rahmen des angefochtenen Bescheides eine "neue" eigenständige, sachlich nachvollziehbare Schätzung vornehmen müssen, in deren Rahmen sie sich - gegebenenfalls kritisch - auch mit den Angaben des Antragstellers auseinanderzusetzen hatte. Daran fehlt es indessen vollständig.

Die Schätzung des Arbeitsentgelts ist zumindest für die Zeit bis zum 31.7.2005 teilweise fehlerhaft. Die Antragsgegnerin hat bei ihrer Annahme, es seien Stundenlöhne von 7,50 Euro bzw. 8,00 Euro gezahlt worden, außer Acht gelassen, dass die Zeugin X übereinstimmend mit dem Antragsteller angegeben hat, sie habe lediglich 3,50 Euro bzw. 4,00 Euro erhalten. Aushilfskräfte in der Küche seien offenbar besser bezahlt worden als im Service. Auch der ab dem 1.4.2006 geltende, während des Streitzeitraums teilweise allgemeinverbindliche Entgelttarifvertrag für das Gaststätten- und Hotelgewerbe des Landes Nordrhein-Westfalen (vgl. Allgemeinverbindlicherklärung v. 3.5.2007, BAnz. Nr. 98, S. 5438) sieht in der Tarifgruppe 2 für Aushilfskräfte Stundenlöhne von 7,12 Euro und damit niedriger als die angenommenen Schätzwerte vor. Für die Zeit bis zum 31.3.2006 betrug der kalkulatorische Stundenlohn 6,91 Euro.

Diese nach derzeitigem Stand voraussichtlich vorliegenden Schätzungsfehler führen indessen nicht dazu, dass der Bescheid im Hauptsachverfahren in vollem Umfang aufgehoben werden müsste. Denn es spricht viel dafür anzunehmen, dass die Gerichte der Sozialgerichtsbarkeit im Falle einer fehlerhafter Schätzung des prüfenden Rentenversicherungsträgers auf der Grundlage von [§ 202 SGG](#) i.V.m. [§ 287 Abs. 2](#) Zivilprozessordnung eine eigene Schätzung vornehmen dürfen (vgl. BSG, Urteil v. 14.7.1988, [11/7 RAr 41/87](#), [SozR 4100 § 115 Nr. 2](#)), auch wenn es - anders als im Bereich der Finanzgerichtsbarkeit in Gestalt von [§ 96 Abs. 1 Satz 1](#) Finanzgerichtsordnung i.V.m. [§ 162](#) Abgabenordnung - an einer entsprechenden ausdrücklichen gesetzlichen Anordnung für den Fall einer eigenen Schätzungsbefugnis der Verwaltung fehlt.

Im Rahmen des Verfahrens auf einstweiligen Rechtsschutz bedarf es einer solchen Schätzung nicht. Denn [§ 86b Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 SGG](#) räumt den Gerichten insoweit jedenfalls ein eigenes Ermessen ein, inwieweit es die aufschiebende Wirkung anordnet. Der Senat hält es angesichts der beschriebenen Ungewissheiten für angemessen, die aufschiebende Wirkung im Umfang von etwa einem Viertel der Gesamtforderung anzuordnen.

Ohne Erfolg beruft sich der Antragsteller schließlich darauf, die Vollziehung des Beitragsbescheides bedeute für ihn eine unbillige Härte. Allein die mit der Zahlung auf eine Beitragsforderung für den Antragsteller verbundenen wirtschaftlichen Konsequenzen führen nicht zu einer solchen Härte, da sie lediglich Ausfluss der Erfüllung gesetzlich auferlegter Pflichten sind. Aus demselben Grund begründet auch die Höhe einer Beitragsforderung allein und auch im Abgleich mit dem derzeitigen offensichtlich relativ geringen Einkommen des Antragstellers keine unbillige Härte. Darüber hinausgehende, nicht oder nur schwer wieder gut zu machende Nachteile durch eine Zahlung hat der Antragsteller schließlich nicht dargelegt. Diese müssten im Weiteren auch noch das Interesse der Antragsgegnerin an der aktuellen Durchsetzung der Forderung überwiegen. Das Interesse der Antragsgegnerin an einer zeitnahen Durchsetzbarkeit der Beitragsforderung wird aber gerade dann hoch sein, wenn der Antragsteller behauptet, dass Zahlungsunfähigkeit drohe. Gerade in einer solchen Situation ist die Antragsgegnerin gehalten, die Beiträge rasch einzutreiben, um die Funktionsfähigkeit der Sozialversicherung sicherzustellen. Eine beachtliche Härte in diesem Sinne ist also regelmäßig nur dann denkbar, wenn es dem Beitragsschuldner gelänge darzustellen, dass das Beitreiben der Forderung aktuell die Insolvenz und/oder die Zerschlagung seines Geschäftsbetriebes und damit den Entzug seiner Lebensgrundlage zur Folge hätte, die Durchsetzbarkeit der Forderung bei einem Abwarten der Hauptsache aber zumindest nicht weiter gefährdet wäre als zurzeit. Eine solche Situation besteht hier aber schon deshalb nicht, weil der Antragsteller den Geschäftsbetrieb eingestellt hat und sich in einem abhängigen Beschäftigungsverhältnis befindet, dessen Bestand nicht von Forderungen Dritter abhängt.

Die Kostenentscheidung beruht auf [§ 197 a Abs. 1 Satz 1](#) Sozialgerichtsgesetz (SGG) i.V.m. [§ 155 Abs. 1 Satz 1](#) Verwaltungsgerichtsordnung. Der Antragsteller kann sich - entgegen der Auffassung des SG - nicht auf eine Privilegierung nach [§ 183 SGG](#) berufen. Denn er wird als Arbeitgeber nach [§ 28 SGB IV](#) in Anspruch genommen.

Die Festsetzung des Streitwerts entspricht der ständigen Senatspraxis, im einstweiligen Rechtsschutz von einem Viertel des Hauptsachestreitwerts einschließlich der Säumniszuschläge auszugehen (Senat, Beschluss v. 8.10.2010, [L 8 R 368/10 B ER](#) m.w.N., juris und sozialgerichtsbarkeit.de).

Der Beschluss kann nicht mit der Beschwerde zum Bundessozialgericht angefochten werden ([§ 177 SGG](#)).

Rechtskraft

Aus

Login

NRW

Saved

2011-08-18