L 4 BA 28/21 B ER

Land
Berlin-Brandenburg
Sozialgericht
LSG Berlin-Brandenburg
Sachgebiet
Krankenversicherung
Abteilung
4.
1. Instanz
SG Berlin (BRB)
Aktenzeichen
S 36 BA 104/21 ER
Datum
25.05.2021
2. Instanz
LSG Berlin-Brandenburg
Aktenzeichen
L 4 BA 28/21 B ER
Datum
07.06.2022
3. Instanz
-
Aktenzeichen
-
Datum
-
Kategorie
Beschluss
Leitsätze

Auch wenn der Arbeitgeber Aufzeichnungspflichten verletzt hat und im Verwaltungsverfahren keine für die Feststellungen zu Versicherungspflicht und Beitragshöhe erforderlichen konkreten Angaben macht, stellt es für den Träger der Rentenversicherung keinen unverhältnismäßigen Aufwand i.S.v. § 28f Abs. 2 Satz 2 SGB IV dar, Beschäftigte des Arbeitsgebers einmalig zu befragen, deren Name und Beschäftigungszeiträume, teilweise auch deren Anschriften ihm aufgrund eigener Daten bekannt waren oder durch eine Einsicht in die Ermittlungsakten, gegebenenfalls ergänzt durch einfache Nachfragen bei darin genannten weiteren Behörden, hätten in Erfahrung gebracht werden können.

Auf die Beschwerde der Antragstellerin wird der Beschluss des Sozialgerichts Berlin vom 25. Mai 2021 geändert. Die aufschiebende Wirkung der Anfechtungsklage gegen den Bescheid vom 18. Februar 2021 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 3. Juni 2021 wird angeordnet, soweit Beiträge zur Sozialversicherung sowie Säumniszuschläge für die Zeit vom 1. Dezember 2015 bis zum 30. April 2017 nachgefordert werden. Im Übrigen wird die Beschwerde zurückgewiesen.

Die Kosten des Verfahrens werden hinsichtlich beider Rechtszüge von der Antragsgegnerin zu zwei Dritteln und von der Antragstellerin zu einem Drittel getragen.

Der Streitwert wird auf 69.512,94 EUR festgesetzt.

Gründe

Die am 4. Juni 2021 eingegangene Beschwerde der Antragstellerin gegen den Beschluss des Sozialgerichts Berlin vom 25. Mai 2021 ist zulässig und im tenorierten Umfang begründet. Zu Unrecht hat das Sozialgericht das Begehren der Antragstellerin vollständig abgelehnt, die aufschiebende Wirkung ihres Widerspruches gegen den Bescheid der Antragsgegnerin vom 18. Februar 2021 anzuordnen, mit welchem gegen die Antragstellerin als Betreiberin der Cafés „K“ und „L“ Nachforderungen zur Sozialversicherung für die Zeit vom 1. Dezember 2015 bis zum 31. Dezember 2017 in einer Gesamthöhe von 139.025,88 EUR festgesetzt wurden, wovon 94.141,38 EUR auf Beitragsforderungen und 44.884,50 EUR auf Säumniszuschläge entfallen. Nach Erlass des zurückweisenden Widerspruchsbescheides vom 3. Juni 2021 und anschließender Klageerhebung möchte die Antragstellerin im Beschwerdeverfahren erreichen, dass der Senat den angefochtenen Beschluss aufhebt und die aufschiebende Wirkung der erhobenen Anfechtungsklage gegen den Bescheid vom 18. Februar 2021 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 3. Juni 2021 anordnet.

Der Antrag auf einstweiligen Rechtsschutz ist gemäß § 86b Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 des Sozialgerichtsgesetzes (SGG) zulässig. Denn Widerspruch und Anfechtungsklage haben gemäß § 86a Abs. 2 Nr. 1 SGG keine aufschiebende Wirkung, wenn – wie im vorliegenden Fall – Beiträge einschließlich der darauf entfallenden Nebenkosten nachgefordert werden.

Der Antrag ist auch begründet, soweit Beiträge zur Sozialversicherung sowie Säumniszuschläge für die Zeit vom 1. Dezember 2015 bis zum 30. April 2017 nachgefordert werden. Insoweit überwiegt das Aussetzungsinteresse der Antragstellerin das Vollziehungsinteresse der Antragsgegnerin.

Aus dem bereits vom Gesetzgeber grundsätzlich geregelten Vorrang des Vollziehungsinteresses folgt zugleich, dass regelmäßig nur solche Zweifel an der Rechtmäßigkeit des Bescheides ein überwiegendes Interesse an der aufschiebenden Wirkung begründen können, die einen Erfolg des Rechtsbehelfs als zumindest überwiegend wahrscheinlich erscheinen lassen. Insoweit müssen ernstliche Zweifel an der Rechtmäßigkeit des angegriffenen Verwaltungsakts bestehen, um entgegen dem Regel-Ausnahme-Verhältnis des Gesetzgebers das Aussetzungsinteresse höher zu gewichten. Umgekehrt sind die Anforderungen an die Erfolgsaussichten geringer, je schwerer die angefochtene Entscheidung wirkt. Insofern ist neben den wirtschaftlichen Verhältnissen in die Abwägungsentscheidung auch einzustellen, ob die Vollziehung für den Abgaben- oder Kostenpflichtigen eine unbillige, nicht durch überwiegende öffentliche Interessen gebotene Härte zur Folge hätte (Landessozialgericht Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 15. Januar 2021, L 28 BA 68/20 B ER, Rn. 2; hier und nachfolgend alles zitiert nach JURIS).

Nach der in Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes regelmäßig nur möglichen und gebotenen summarischen Prüfung bestehen ernstlichen Zweifel an der Rechtmäßigkeit des angefochtenen Bescheides hinsichtlich der Beiträge und Säumniszuschläge für die Zeit vom 1. Dezember 2015 bis zum 30. April 2017. Bezüglich der Zeit vom 1. Mai 2017 bis zum 31. Dezember 2017 ist der angefochtene Bescheid jedoch rechtmäßig.

Er wurde in Übereinstimmung mit § 24 Abs. 1 des Zehnten Buches des Sozialgesetzbuches (SGB X) nach vorheriger schriftlicher Anhörung erlassen. Hierbei wurde der Antragstellerin nochmals die Möglichkeit eingeräumt, für alle Arbeitnehmer vollständige und prüffähige Entgeltaufzeichnungen und sonstige sozialversicherungsrechtlich relevante Unterlagen vorzulegen.

Die Rechtsgrundlage des angefochtenen Bescheides kann nur in § 28p Abs. 1 Satz 1 und Satz 5 des Vierten Buches des Sozialgesetzbuches (SGB IV) liegen. Danach prüfen die Träger der Rentenversicherung bei den Arbeitgebern, ob diese ihre Meldepflichten und ihre sonstigen Pflichten nach dem SGB IV, die im Zusammenhang mit den Gesamtsozialversicherungsbeiträgen stehen, ordnungsgemäß erfüllen; sie prüfen insbesondere die Richtigkeit der Beitragszahlungen und der Meldungen (§ 28a SGB IV) mindestens alle vier Jahre. 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.

Dem angefochtenen Bescheid steht nicht entgegen, dass die Antragsgegnerin keine Betriebsprüfung bei der Antragstellerin vor Ort vorgenommen hat. Sie durfte das Ergebnis der vom Hauptzollamt durchgeführten Ermittlungen zu Grunde legen und auf dieser Grundlage die Prüfung nach § 28p SGB IV durchführen und durch Verwaltungsakt abschließen. Das Gesetz schreibt in § 28p SGB IV keinen zwingenden Ort für die Durchführung der Betriebsprüfung vor. Die Behörde bestimmt nach den §§ 20 Abs. 1 Satz 2, 21 Abs. 1 Satz 1 SGB X Art und Umfang der Ermittlungen und nach ihrem pflichtgemäßen Ermessen die Beweismittel. Reichen die vom Hauptzollamt ermittelten Umstände aus, kann sie sich hierauf beschränken und die Betriebsprüfung mit einem Prüfungsbescheid abschließen (Landessozialgericht Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 19. Februar 2021, L 28 BA 2/21 B ER, Rn. 18; Landessozialgericht Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 3. März 2021, L 8 BA 36/20 B ER, Rn. 25; Landessozialgericht Mecklenburg-Vorpommern, Beschluss vom 27. Oktober 2020, L 7 BA 15/19 B ER, Rn. 59; Landessozialgericht Baden-Württemberg, Urteil vom 29. Juni 2017, L 10 R 592/17, Rn. 19 ff.; Sächsisches Landessozialgericht, Urteil vom 22. April 2016, L 1 KR 228/11, Rn. 31).

Dass die Antragsgegnerin den angefochtenen Bescheid als sogenannten Summenbescheid nach § 28f Abs. 2 Satz 1 bis Satz 4 SGB IV erlassen hat, ist nur hinsichtlich der Zeit vom 1. Mai 2017 bis zum 31. Dezember 2017 rechtmäßig. Nach dieser Vorschrift kann der prüfende Rentenversicherungsträger den Beitrag in der Kranken-, Pflege- und Rentenversicherung und zur Arbeitsförderung von der Summe der vom Arbeitgeber gezahlten Arbeitsentgelte geltend machen, wenn ein Arbeitgeber die Aufzeichnungspflicht nicht ordnungsgemäß erfüllt und dadurch die Versicherungs- oder Beitragspflicht oder die Beitragshöhe nicht festgestellt werden können. Das gilt aber nicht, soweit ohne unverhältnismäßig großen Verwaltungsaufwand festgestellt werden kann, dass Beiträge nicht zu zahlen waren oder Arbeitsentgelt einem bestimmten Beschäftigten zugeordnet werden kann. Soweit der prüfende Träger der Rentenversicherung 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 mitzuberücksichtigen.

Die Regelung des § 28f Abs. 2 Satz 1 SGB IV eröffnet eine Ausnahme von dem Grundsatz, dass die Feststellung der Versicherungspflicht und Beitragshöhe im Prüfbescheid personenbezogen zu erfolgen hat (Bundessozialgericht, Urteil vom 16. Dezember 2015, B 12 R 11/14 R, Rn.

18; Urteil vom 7. Februar 2002, B 12 KR 12/01 R, Rn. 19). Die Regelung bezweckt, Einnahmeverluste der Sozialkassen infolge einer Verletzung der Aufzeichnungspflicht zu vermeiden und auszuschließen, dass Arbeitgeber mittels einer Aufzeichnungspflichtverletzung Wettbewerbsvorteile erlangen könnten (vgl. Bundessozialgericht, Urteil vom 7. Februar 2002, B 12 KR 12/01 R, Rn. 18; Werner, in Schlegel/Voelzke, SGB IV, Stand Februar 2022, § 28f Rn. 43).

Die Voraussetzungen für einen Summenbescheid unterliegen der vollen gerichtlichen Überprüfung (vgl. Bundessozialgericht, Urteil vom 7. Februar 2002, B 12 KR 12/01 R, Rn. 28). Maßgeblich ist hierbei die Sach- und Rechtslage bei Erlass der letzten behördlichen Entscheidung, hier also bei Erlass des Widerspruchsbescheides. Einer späteren Änderung der Sachlage ist nach den allgemeinen Regeln nicht durch eine Aufhebung des angefochtenen früheren Bescheides im Wege der Anfechtungsklage, sondern allenfalls durch dessen teilweisen Widerruf Rechnung zu tragen (Bundessozialgericht, Beschluss vom 4. April 2018, B 12 R 38/17 B, Rn. 38-39; Urteil vom 7. Februar 2002, B 12 KR 12/01 R, Rn. 28).

Die Antragstellerin hat ihre Aufzeichnungspflicht hinsichtlich der Zeit vom 1. Mai 2017 bis zum 31. Dezember 2017 nicht ordnungsgemäß erfüllt (§ 28f Abs. 2 Satz 1 SGB IV). Ein Arbeitgeber hat gemäß § 28f Abs. 1 Satz 1 SGB IV für jeden Beschäftigten, getrennt nach Kalenderjahren, Entgeltunterlagen im Geltungsbereich des SGB IV in deutscher Sprache zu führen und bis zum Ablauf des auf die letzte Prüfung (§ 28p SGB IV) folgenden Kalenderjahres geordnet aufzubewahren. Dabei steht einer unzureichenden oder fehlenden Dokumentation sowohl eine Nichtvorlage gegebenenfalls ordnungsgemäß geführter Aufzeichnungen als auch eine unterbliebene Mitwirkung gleich (Bundessozialgericht, Urteil vom 4. September 2018, B 12 R 4/17 R, Rn. 21). Auf ein Verschulden des Arbeitgebers kommt es nicht an (Bundessozialgericht, Urteil vom 16. Dezember 2015, B 12 R 11/14 R, Rn. 55; Urteil vom 7. Februar 2002, B 12 KR 12/01 R, Rn. 22).

Nach diesen Maßgaben wurde hier die Aufzeichnungspflicht dadurch verletzt, dass die Antragstellerin keine vollständigen Entgeltaufzeichnungen bezüglich sämtlicher Mitarbeiter für die Zeit vom 1. Mai 2017 bis zum 31. Dezember 2017 vorlegte. Als Ergebnis der Ermittlungen durfte die Antragsgegnerin hier zum maßgeblichen Zeitpunkt des Widerspruchsbescheides festhalten, dass die Cafés der Antragstellerin jedenfalls ab dem 1. Mai 2017 regelmäßig an allen Tagen der Woche durchgehend 24 Stunden geöffnet waren und im Drei-Schicht-System mit jeweils mindestens einem Mitarbeiter je Schicht betrieben wurden, so dass die Antragstellerin allein mit den zur Sozialversicherung gemeldeten Arbeitnehmern und den gemeldeten Arbeitsentgelten den Geschäftsbetrieb der betroffenen Cafés nicht aufrechterhalten konnte. Das folgt zunächst aus den sichergestellten Dienstplänen für die Monate Mai, August und September 2017, aus denen sich die genannten Öffnungszeiten und Schichten ergeben. Zudem kann sich die Antragsgegnerin auf die Aussage des Zeugen B vom 4. September 2018 stützen. Dieser war zwar nach eigenen Angaben nur in den Monaten Februar bis Mai 2018 in dem ebenfalls von der Antragstellerin betriebenen Café „S B“ beschäftigt, sagte aber aus, dass alle vier Cafés der Antragstellerin an allen Tagen der Woche durchgehend geöffnet gewesen seien. Auch der Zeuge A K, der am 29. Oktober 2017 angab, seit dem 26. April 2017 in dem Café „S B“ beschäftigt gewesen zu sein, bestätigte die durchgehenden Öffnungszeiten dieser Gaststätte. Für Zweifel an der Glaubhaftigkeit dieser Angaben bestehen keine Anhaltspunkte. Darüber hinaus war anhand gefundener Zahlungsbelege festzustellen, dass fünf Beschäftigte der Antragstellerin im Oktober 2017 entgegen der Meldung zur Sozialversicherung ein deutlich höheres als das gemeldete Arbeitsentgelt im Wege der Barzahlung erhalten hatten, so dass Schwarzarbeit im Sinne des § 2 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 des Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetzes (SchwarzArbG) vorliegt. Insoweit sagte auch der Zeuge M, der nach eigenen Angaben seit dem 7. September 2016 im Café „S B“ gearbeitet hatte, am 30. Oktober 2017 aus, dass er für seine wöchentlich geleisteten 40 Arbeitsstunden eine monatliche Überweisung von 150,00 EUR und den Rest als Barzahlung erhalten habe. Zudem gab der Zeuge B an, er habe lediglich einen Stundenlohn von 6,00 EUR bekommen und dabei gewusst, dass das nicht der gesetzliche Mindestlohn gewesen sei. Das monatliche Arbeitsentgelt habe er jeweils am Ende des Monats in einem Briefumschlag erhalten. Eine Entgeltabrechnung sei jedoch nie ausgestellt worden. Zusammenfassend lagen jedenfalls ab dem 1. Mai 2017 breit angelegte Aufzeichnungspflichtverletzungen der Antragstellerin vor, die auf ein planvolles, der vorsätzlichen Vorenthaltung von Sozialversicherungsbeiträgen dienendes Vorgehen mit erheblicher krimineller Energie hindeuten, so dass die Antragsgegnerin jedenfalls schlussfolgern durfte, dass die hier betroffenen Cafés seit dem genannten Zeitpunkt mit durchgehenden Öffnungszeiten betrieben wurden. Soweit die Antragstellerin mit eidesstattlicher Versicherung vom 9. April 2021 erklärt hat, dass die Cafés „K“ und „L“ in den Jahren 2015 bis 2017 regelmäßig nur von 10 Uhr bis 24 Uhr geöffnet gewesen seien, ist dieses Vorbringen hinsichtlich der Zeit ab dem 1. Mai 2017 durch die genannten Beweismittel widerlegt. Auch auf die sichergestellten Dokumentationen der Arbeitszeit einzelner Mitarbeiter kann sich die Antragstellerin nicht berufen, da deren Vollständigkeit und Richtigkeit angesichts der ermittelten umfangreichen Unregelmäßigkeiten grundsätzlich zu bezweifeln ist.

Angesichts des obigen Befundes drängte sich zwar die Vermutung auf, dass die Antragstellerin in derselben Weise auch die Aufzeichnungspflicht für die Zeit vom 1. Dezember 2015 bis zum 30. April 2017 verletzt hat. Die Antragsgegnerin durfte jedoch nicht ohne weitere Ermittlungen davon ausgehen, dass die betroffenen Cafés auch in dieser Zeit durchgehend geöffnet waren. Hierfür lagen keine hinreichenden Beweise vor, insbesondere keine schriftlichen Belege. Lediglich die Angaben der vom Hauptzollamt als Zeugen vernommenen Beschäftigten M und A K betreffen diesen Zeitraum. Sie beziehen sich jedoch allein auf das Café „S B“, so dass ohne weitere Beweismittel keine Rückschlüsse auf die hier gegenständlichen Cafés „K“ und „L“ möglich sind. In dem Schlussbericht des Hauptzollamtes wurde im sachlichen Zusammenhang mit den Öffnungszeiten ausdrücklich angeregt, weitere Beschäftigte der Antragstellerin zu den Jahren 2015 und 2016 zu befragen. Angesichts des erheblichen Umfanges des Prüfzeitraumes und der Nachforderungen, der möglichen Feststellung weiterer Pflichtbeitragszeiten (§ 55 Abs. 1 des Sechsten Buches des Sozialgesetzbuches) zugunsten der Beschäftigten – gegebenenfalls bis zu 17 Monate – sowie in Anbetracht der eidesstattlichen Versicherung der Antragstellerin hätte die Antragsgegnerin zumindest versuchen müssen, die tatsächlichen Öffnungszeiten der betroffenen Cafés weiter aufzuklären.

Denn es kann im Einzelfall – wie hier – erforderlich werden, dass sich der Träger der Rentenversicherung nicht auf die Ermittlungen des Hauptzollamtes beschränkt (Landessozialgericht Baden-Württemberg, a.a.O., Rn. 21; Sächsisches Landessozialgericht, a.a.O., Rn. 31;

Bayerisches Landessozialgericht, Beschluss vom 21. Oktober 2013, L 5 R 605/13 B ER, Rn. 22; Beschluss vom 4. Dezember 2013, L 5 R 652/13 B ER, Rn. 27 ff.; siehe auch Pietrek in jurisPR-SozR 14/2015 Anm. 2). Der Senat verkennt hierbei die nur beschränkten Ermittlungsmöglichkeiten der Antragsgegnerin im Hinblick auf die Beschäftigten der Antragsgegnerin nicht. Sie kann hierfür, um dem ihr obliegenden Untersuchungsgrundsatz (§ 20 SGB X) nachzukommen, unter anderem Beteiligte anhören, Zeugen vernehmen oder die schriftliche oder elektronische Äußerung von Beteiligten und Zeugen einholen (§ 21 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB X). Für Beteiligte gilt indes nach § 21 Abs. 2 SGB X, dass sie bei der Ermittlung des Sachverhalts mitwirken, insbesondere ihnen bekannte Tatsachen und Beweismittel angeben sollen. Eine weitergehende Pflicht, bei der Ermittlung des Sachverhalts mitzuwirken, insbesondere eine Pflicht zum persönlichen Erscheinen oder zur Aussage, besteht für Beteiligte nur, soweit sie durch Rechtsvorschrift besonders vorgesehen ist. Letzteres gilt auch für Zeugen (§ 21 Abs. 3 Satz 1 SGB X).

Allerdings darf nicht außer Acht gelassen werden, dass Beschäftigte zwar im straf- und ordnungswidrigkeitenrechtlichen Sinne als Zeugen zu vernehmen sind, wenn das Verfahren ihre Versicherungspflicht und die darauf beruhende Beitragspflicht ihres Arbeitgebers betrifft. Sozialrechtlich sind sie indes Beteiligte im Sinne des § 12 SGB X, weil ihnen gegenüber die der Beitragsnachforderung zugrunde liegenden Feststellungen zur Versicherungs- und Beitragspflicht rechtsgestaltende Wirkung haben (Bundessozialgericht, Urteil vom 22. Juni 1983, 12 RK 73/82, Rn. 15; Bundessozialgericht, Urteil vom 25. Oktober 1988, 12 RK 21/87, Rn. 18). Daher ist der prüfende Träger der Rentenversicherung grundsätzlich gehalten, im Verfahren nach § 28p SGB IV Beschäftigte des geprüften Arbeitgebers zu befragen, erzwingen kann er entsprechende Angaben der Beschäftigten mangels einer durch Rechtsvorschrift vorgesehenen Aussagepflicht jedoch nicht.

Der Senat hegt erhebliche Zweifel, dass die Befragung der bei der Antragstellerin im Zeitraum zwischen Dezember 2015 und April 2017 Beschäftigten für die Antragsgegnerin mit einem unverhältnismäßigen Aufwand im Sinne des § 28f Abs. 2 Satz 2 SGB IV) verbunden gewesen wäre. Name und Beschäftigungszeiträume, teilweise auch die Anschriften zahlreicher Beschäftigter waren der Antragsgegnerin aufgrund eigener Daten (vgl. die Übersicht „Anzeige der Meldungen“ zu der das Café „K“ betreffenden Betriebsnummer, Blatt 6 der Verwaltungsakte) bekannt oder hätten von ihr durch eine Einsicht in die Ermittlungsakten, gegebenenfalls ergänzt durch einfache Nachfragen bei den darin genannten Behörden (zum Beispiel dem Jobcenter Berlin Spandau, das eine umfangreiche Liste von bei der Antragstellerin beschäftigten Leistungsbeziehern nach dem Zweiten Buch des Sozialgesetzbuches zur Verfügung gestellt hatte) in Erfahrung gebracht werden können. Warum darin ein unverhältnismäßiger Aufwand gemäß § 28f Abs. 2 Satz 2 SGB IV liegen sollte, hat die Antragsgegnerin weder in den angefochtenen Bescheiden noch im gerichtlichen Verfahren dargelegt.

Der Senat weist aber zugleich darauf hin, dass angesichts der fehlenden Aussagepflicht der Beschäftigten Aktivitäten der Antragsgegnerin, die über eine Befragung (beziehungsweise den einmaligen Versuch hierzu) hinausgehen, also etwa Erinnerungen oder intensivere Ermittlungen zur aktuellen Anschrift, nicht geboten sein, sondern sich als unverhältnismäßig erweisen dürften.

Wegen der nicht ordnungsgemäßen Erfüllung der Aufzeichnungspflicht konnte die Antragsgegnerin die Versicherungs- oder Beitragspflicht oder die Beitragshöhe in der Zeit vom 1. Mai 2017 bis zum 31. Dezember 2017 nicht feststellen (§ 28f Abs. 2 Satz 1 SGB IV). Angesichts des Ergebnisses der Ermittlungen musste sie davon ausgehen, dass hier Arbeitnehmer in größerem Umfang als bisher gemeldet beschäftigt wurden beziehungsweise dass Arbeitnehmer beschäftigt wurden, die bisher nicht zur Sozialversicherung gemeldet waren. Die konkreten Einzelheiten hierzu waren weitgehend unbekannt, so dass die Antragsgegnerin insoweit keine konkreten Feststellungen treffen konnte.

Auch konnte für die Zeit vom 1. Mai 2017 bis zum 31. Dezember 2017 ohne unverhältnismäßig großen Verwaltungsaufwand nicht festgestellt werden, dass Beiträge nicht zu zahlen waren oder Arbeitsentgelt einem bestimmten Beschäftigten zugeordnet werden kann (§ 28f Abs. 2 Satz 2 SGB IV). Die Verhältnismäßigkeit des Summenbescheides unterliegt der vollen gerichtlichen Überprüfung, wobei es auf den Zeitpunkt der Widerspruchsentscheidung ankommt (Bundessozialgericht, Urteil vom 7. Februar 2002, B 12 KR 12/01 R, Rn. 28). Insoweit ist eine Abwägung zwischen dem im Einzelfall zu erwartenden Verwaltungsaufwand und den Interessen der Versicherten wie auch des Arbeitgebers vorzunehmen. Im Rahmen dieser Abwägung ist sowohl die Amtsermittlungspflicht des prüfenden Trägers, der sich sämtlicher in Betracht kommender Beweismittel zu bedienen hat, als auch die Mitwirkungspflicht des zu prüfenden Arbeitgebers, der über die konkrete Aufzeichnungspflicht hinaus allgemein angemessene Prüfhilfen zu leisten hat (§ 28p Abs. 5 Satz 1 SGB IV), zu berücksichtigen (vgl. Bundessozialgericht, Urteil vom 4. September 2018, B 12 R 4/17 R, Rn. 22; Urteil vom 16. Dezember 2015, B 12 R 11/14 R, Rn. 58).

Nach diesen Vorgaben war die Antragsgegnerin zum maßgeblichen Zeitpunkt des Widerspruchsbescheides zur Ermittlung der Arbeitsentgelte und der Beiträge einzelner Beschäftigter für die Zeit vom 1. Mai 2017 bis zum 31. Dezember 2017 nicht mit zumutbarem Verwaltungsaufwand in der Lage. Die Ermittlungsmöglichkeiten waren weitgehend ausgeschöpft. Die sichergestellten Geschäftsunterlagen waren bereits von dem Hauptzollamt ausgewertet worden. Dieses hatte acht Beschäftigte der Antragstellerin zur Vernehmung als Zeugen (im straf- bzw. ordnungswidrigkeitenrechtlichen Sinn) vorgeladen, von denen lediglich zwei erschienen und vernommen wurden. Drei der nicht erschienenen „Zeugen“ beriefen sich ausdrücklich auf ihr „Auskunftsverweigerungsrecht“. Eine Befragung der weiteren Beschäftigten war vor diesem Hintergrund unverhältnismäßig. Denn die Öffnungszeiten waren bereits durch die vorhandenen Beweismittel hinreichend nachgewiesen. Im Übrigen wurden die Interessen der Antragstellerin dadurch berücksichtigt, dass die Antragsgegnerin ihr mit der schriftlichen Anhörung die Gelegenheit gab, weitere Geschäftsunterlagen zur Prüfung und Ermittlung der tatsächlich geleisteten Arbeitszeiten zur Verfügung zu stellen und bei deren Aufklärung mitzuwirken. Dem kam die Antragstellerin auch im Widerspruchsverfahren nicht nach. Dagegen durfte die Antragsgegnerin hinsichtlich der Zeit vom 1. Dezember 2015 bis zum 30. April 2017 nicht auf die Befragung der weiteren Mitarbeiter verzichten, da von diesen insbesondere Angaben zu den Öffnungszeiten in diesem Zeitraum hätten gewonnen

werden können.

Lagen somit die Voraussetzungen für einen Summenbescheid bezüglich der Zeit vom 1. Mai 2017 bis zum 31. Dezember 2017 vor, stand der Antragsgegnerin insoweit kein Entschließungsermessen zu. Die gesetzliche Formulierung des § 28f Abs. 1 Satz 1 SGB IV („kann“) ist lediglich als Kompetenzzuweisung zu verstehen (Bundessozialgericht, Beschluss vom 4. April 2018, B 12 R 38/17 B, Rn. 33 ff.).

Die Antragsgegnerin hatte zudem die Höhe der Arbeitsentgelte für die Zeit vom 1. Mai 2017 bis zum 31. Dezember 2017 zu schätzen, da sie diese nicht oder nicht ohne unverhältnismäßig großen Verwaltungsaufwand ermitteln konnte (§ 28f Abs. 2 Satz 3 SGB IV). Insoweit wird hinsichtlich der Verhältnismäßigkeit auf die vorstehenden rechtlichen Ausführungen zu § 28f Abs. 2 Satz 2 SGB IV verwiesen. Die Regelung des § 28f Abs. 2 Satz 3 SGB IV gilt nicht nur, wenn die Lohnsumme für den Erlass eines Summenbescheids nicht festgestellt werden kann, sondern auch, wenn zwar eine personenbezogene Zuordnung, nicht aber die genaue Bestimmung der Entgelthöhe möglich ist (Bundessozialgericht, Urteil vom 4. September 2018, B 12 R 4/17 R, Rn. 19; Urteil vom 16. Dezember 2015, B 12 R 11/14 R, Rn. 52). Unter Berücksichtigung dieser Vorgaben verweist der Senat auch in tatsächlicher Hinsicht auf die obigen Ausführungen.

Die angegriffene Schätzung für Zeit vom 1. Mai 2017 bis zum 31. Dezember 2017 ist rechtmäßig. Sie ist rechtswidrig, soweit sie die Zeit vom 1. Dezember 2015 bis zum 30. April 2017 betrifft. Nach dem Bundessozialgericht ist eine Schätzung nach § 28f Abs. 2 Satz 3 SGB IV so exakt vorzunehmen, wie das unter Wahrung eines noch verhältnismäßigen Verwaltungsaufwandes möglich ist. Sie ist nicht zu beanstanden und bis zum Nachweis der tatsächlichen Höhe des Arbeitsentgelts (§ 28f Abs. 2 Satz 5 SGB IV) verbindlich, wenn sie auf sorgfältig ermittelten Tatsachen gründet und nachvollziehbar ist, weil sie insbesondere nicht gegen Denkgesetze und Erfahrungssätze verstößt. Innerhalb dieses Rahmens sind die an eine Schätzung zu stellenden Anforderungen wiederum abhängig von einer Abwägung zwischen der Bedeutung einer größeren Genauigkeit der Schätzung für Versicherte und Arbeitgeber und dem mit einem bestimmten Vorgehen einhergehenden Verwaltungsaufwand. Dabei sind die Anforderungen an eine Schätzung umso höher, je größer die für die Versicherten und Arbeitgeber zu befürchtenden Nachteile sind (Urteil vom 4. September 2018, B 12 R 4/17 R, Rn. 23; Urteil vom 16. Dezember 2015, B 12 R 11/14 R, Rn. 60). Hiervon ausgehend durfte die Antragsgegnerin aus den bereits genannten Gründen für die Zeit vom 1. Mai 2017 bis zum 31. Dezember 2017 eine tägliche Öffnungszeit von 24 Stunden zur Grundlage ihrer Schätzung machen, nicht jedoch für die Zeit vom 1. Dezember 2015 bis zum 30. April 2017.

Für Fehler bei der konkreten Berechnung der nachgeforderten Beiträge für die Zeit vom 1. Mai 2017 bis zum 31. Dezember 2017 bestehen keine Anhaltspunkte. Die Antragstellerin hat insoweit auch keine Einwände erhoben (vgl. Bundessozialgericht, Urteil vom 4. September 2018, B 12 R 4/17 R, Rn. 25; Urteil vom 7. Juni 2018, B 12 KR 1/17 R, Rn. 25; Urteil vom 18. Januar 2018, B 12 R 3/16 R, Rn. 25).

Die Festsetzung der Säumniszuschläge für die Zeit vom 1. Dezember 2015 bis zum 30. April 2017 ist nach Maßgabe der vorstehenden Ausführungen rechtswidrig. Für die Zeit vom 1. Mai 2017 bis zum 31. Dezember 2017 folgt sie aus § 24 Abs. 1 Satz 1 SGB IV, wobei zur Berechnung die jeweils hinzuaddierten Beiträge für die Zeit vom 1. Dezember 2015 bis zum 30. April 2017 nicht zu berücksichtigen sind (vgl. Bundessozialgericht, Urteil vom 16. Juni 2021, B 5 RE 7/19 R, Rn. 31; Urteil vom 7. Juli 2020, B 12 R 28/18 R, Rn. 10).

Soweit der Senat dem Begehren der Antragstellerin nicht stattgibt, führt eine Abwägung ihres Aussetzungsinteresses gegen das Vollziehungsinteresse der Antragsgegnerin auch im Übrigen zu keinem abweichenden Ergebnis. Dabei ist zunächst dem Umstand Rechnung zu tragen, dass das Gesetz das Vollzugsinteresse mit Blick auf den Gegenstand des angefochtenen Bescheides – die Forderung öffentlicher Abgaben in Form von Beiträgen zur Sozialversicherung – in § 86a Abs. 3 Satz 2 SGG bereits als sehr hoch einstuft. Demgegenüber sind keine Gründe ersichtlich, aus denen dem Aussetzungsinteresse der Antragstellerin ein höheres Gewicht beizumessen wäre. Allein die mit der Zahlung auf eine Beitragsforderung für sie eventuell verbundenen wirtschaftlichen Konsequenzen führen nicht zu einer solchen Härte, da sie lediglich Folge der Erfüllung gesetzlich auferlegter Pflichten sind. Darüber hinausgehende, nicht oder nur schwer wiedergutzumachende Nachteile sind weder von der Antragstellerin vorgetragen worden noch sonst ersichtlich. Darüber hinaus steht es der Antragstellerin frei, sich wegen der mit einem Forderungseinzug eventuell verbundenen wirtschaftlichen Härten mit einem Stundungsantrag an die dafür zuständige Einzugsstelle zu wenden (§ 28h Abs. 1 Satz 3 SGB IV in Verbindung mit § 76 Abs. 3 SGB IV; vgl. Landessozialgericht Hamburg, Beschluss vom 22. September 2021, L 3 BA 3/21 B ER, Rn. 49; Landessozialgericht Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 19. Februar 2021, L 28 BA 2/21 B ER, Rn. 30; Beschluss vom 9. Juli 2018, L 9 BA 29/18 B ER, Rn. 5).

Die Kostenentscheidung folgt aus § 197a Abs. 1 Satz 1 SGG in Verbindung mit § 154 Abs. 1 der Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO).

Die Streitwertfestsetzung beruht auf § 197a Abs. 1 SGG in Verbindung mit den §§ 47, 52 Abs. 1, 53 Abs. 2 Nr. 4, 63 Abs. 2 des Gerichtskostengesetzes (GKG). Das für die Festsetzung des Streitwerts maßgebliche wirtschaftliche Interesse entspricht in Betriebsprüfungsverfahren nach den §§ 28p ff. SGB IV in der Regel der Höhe der zu erwartenden Beitragsnachforderung. Wegen des identischen wirtschaftlichen Interesses ist der Streitwert daher regelmäßig in Höhe eines Bruchteils der Beitragsforderung selbst anzusetzen. Im Übrigen setzt der Senat in Ausübung des ihm eingeräumten Ermessens in den Fällen des vorläufigen Rechtsschutzes nach § 86b Abs. 1 SGG, bei welchen die Erfolgsaussichten im Hauptsacheverfahren zu prüfen sind, den Streitwert regelmäßig und so auch hier mit der Hälfte des Streitwerts der Hauptsache an, also mit der Hälfte des Nachforderungsbetrages (vgl. Landessozialgericht Berlin-Brandenburg,

Beschluss vom 15. Januar 2021, L 28 BA 68/20 B ER, Rn. 16; Beschluss vom 9. Juli 2018, L 9 BA 29/18 B ER, Rn. 6; Beschluss vom 29. Juli 2014, L 1 KR 131/14 B ER, Rn. 29).

Dieser Beschluss kann gemäß § 177 SGG nicht mit der Beschwerde an das Bundessozialgericht angefochten werden.

Rechtskraft
Aus
Saved
2022-10-13